

Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

URS SCHENKER

von Dänikon SO, Zürich und Küsnacht ZH

genehmigt auf Antrag der

Herren PD Dr. Isaak Meier und Prof. Dr. Walter R. Schluep

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

1985



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

URS SCHENKER

von Dänikon SO, Zürich und Küsnacht ZH

genehmigt auf Antrag der

Herren PD Dr. Isaak Meier und Prof. Dr. Walter R. Schluep

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 18. Juli 1984

Der Dekan:

Prof. Dr. Kurt Bauknecht

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 60 der Reihe

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von W.J. Habscheid, R. Hauser, H. Nef und H.U. Walder

*Meinen Eltern
und meiner Frau*

An dieser Stelle möchte ich Herrn PD Dr. I. Meier und Herrn Prof. Dr. W.R. Schluep dafür danken, dass sie mir bei der Ausarbeitung dieser Dissertation viel Freiheit liessen. Ich möchte aber auch Herrn Prof. Dr. M. Keller danken, bei dem ich Assistent sein durfte, während ich an dieser Dissertation arbeitete. Ein ganz besonderer Dank gilt aber auch Herrn Prof. Dr. P. Weimar, der mich schon früh im Studium in die Technik des wissenschaftlichen Arbeitens einführte.

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
Literaturverzeichnis	XV
1. Kapitel	
Grundlagen	1
§ 1 Ziel und Funktion des Wettbewerbsrechts	1
§ 2 Durchsetzung des Wettbewerbsrechts	8
§ 3 Problematik des zivilrechtlichen Rechtsschutzes	10
§ 4 Funktion und Ziel der vorsorglichen Massnahme	13
2. Kapitel	
Die Ausgestaltung der vorsorglichen Massnahme im schweizerischen Wettbewerbsrecht	15
§ 1 Die gesetzliche Grundlage	15
§ 2 Aktiv- und Passivlegitimation	20
§ 3 Die Voraussetzungen für den Massnahmeerlass	34
§ 4 Der Inhalt der vorsorglichen Massnahme	97
§ 5 Die Subsidiarität der vorsorglichen Massnahme	122
§ 6 Die superprovisorische Verfügung	138
§ 7 Die Haftung des Antragstellers für materiell unrichtige vorsorgliche Massnahmen	154

VI

3. Kapitel

Die vorsorgliche Massnahme und das Hauptverfahren	174
§ 1 Das Verhältnis zwischen vorsorglicher Massnahme und Hauptverfahren nach dem Willen des Gesetzgebers	174
§ 2 Das Verhältnis zwischen vorsorglicher Massnahme und Hauptverfahren in der Praxis	177
§ 3 Die Verlagerung des Rechtsschutzes in das summarische Verfahren	186

INHALTSVERZEICHNIS

1. Kapitel

Grundlagen	1
§ 1 Ziel und Funktion des Wettbewerbsrechts	1
I. Wettbewerb als Koordinationsprinzip in der schweizerischen Wirtschaft	1
II. Der Schutz des Wettbewerbs durch das Wettbewerbsrecht	3
§ 2 Durchsetzung des Wettbewerbsrechts	8
§ 3 Problematik des zivilrechtlichen Rechtsschutzes	10
I. Die Schadenersatzklage im Wettbewerbsrecht	10
II. Die Diskrepanz zwischen der Prozessdauer und der Geschwindigkeit des wirtschaftlichen Handlungsablaufs	11
§ 4 Funktion und Ziel der vorsorglichen Massnahme	13

2. Kapitel

Die Ausgestaltung der vorsorglichen Massnahme im schweizerischen Wettbewerbsrecht	15
§ 1 Die gesetzliche Grundlage	15
I. Die bundesrechtliche Regelung	15
II. Das Verhältnis zwischen der bundesrechtlichen Regelung und dem kantonalen Prozessrecht	16
§ 2 Aktiv- und Passivlegitimation	20
I. Aktivlegitimation	20
A. Betroffene Wettbewerber	20
B. Konsumenten	22
C. Verbände	23
1. Allgemeines	23
2. Verbände von Wettbewerbern	27
3. Konsumentenverbände	28

VIII

II. Passivlegitimation	30
A. UWG	30
1. Wettbewerber	30
2. Dritte	31
a) Hersteller von Druckerzeugnissen	31
b) Andere Dritte	32
B. Kartellrecht	33
§ 3 Die Voraussetzungen für den Massnahmeerlass	34
I. Der Antrag	34
II. Der Verfügungsanspruch	35
A. Materiellrechtliche Ansprüche aus Wettbewerbsrecht	35
1. Der gewöhnliche Unterlassungsanspruch	35
a) Begriff und positiver Nachweis der Wiederholungsgefahr	36
b) Die Vermutung der Wiederholungsgefahr	37
c) Die Aufhebung der Wiederholungsgefahr	39
2. Der vorbeugende Unterlassungsanspruch	41
a) Der Begriff der Erstbegehungsgefahr	41
b) Der Nachweis der Erstbegehungsgefahr	42
3. Der Beseitigungsanspruch	43
B. Die Anspruchsprüfung	45
1. Die Glaubhaftmachung der tatsächlichen Grundlagen	45
a) Der Begriff des Glaubhaftmachens	45
b) Die Glaubhaftmachungslast	47
c) Die Glaubhaftmachungsmittel	48
d) Glaubhaftmachung und Sicherheitsleistung	49
2. Die Behandlung der Rechtsfrage	50
a) Die Behandlung der Rechtsfrage nach der Lehre	50
aa) Weitgehender Verzicht auf Rechtsprüfung	50
bb) Summarische Rechtsprüfung	50
cc) Vollständige Rechtsprüfung	51
b) Die Behandlung der Rechtsfrage in der Praxis	51
c) Persönliche Auffassung	52
III. Der Verfügungsgrund (Dringlichkeit)	53
A. Die Behandlung des Verfügungsgrundes in der schweizerischen Praxis	53
B. Die Behandlung des Verfügungsgrundes im deutschen Recht	62
C. Kritische Betrachtung der heute geltenden Konzeption der Dringlichkeit	65
D. Die Notwendigkeit einer Interessenabwägung	67
E. Die Interessenabwägung	68
1. Die relevanten Interessen	68
a) Allgemeines	68
b) Die Interessen des Antragstellers	71
aa) Der von einer Wettbewerbshandlung direkt betroffene Konkurrent als Antragsteller	71
aaa) Das Problem der Beweisschwierigkeiten	71
aaaa) Im lauterkeitsrechtlichen Bereich	71
bbbb) Im kartellrechtlichen Bereich	72
bbb) Das Problem des geschäftlichen Ruins	72

ccc) Das Problem der drohenden Insolvenz des Antragsgegners	73
bb) Verbände als Antragsteller	73
c) Die Interessen des Antragsgegners	75
aa) Bei Beweissicherungen	75
bb) Bei Unterlassungen	76
aaa) Im Bereich des Lauterkeitsrechts	76
bbb) Im Bereich des Kartellrechts	77
cc) Bei Beseitigungen (ohne Berichtigung)	77
dd) Bei Berichtigungen	78
aaa) Durch Widerruf	78
bbb) Durch Gegendarstellung	79
ccc) Durch Verfügungsveröffentlichung	79
ee) Bei Sicherheitsleistungen	80
d) Öffentliche Interessen	80
aa) Allgemeines	80
bb) Das öffentliche Interesse am Wettbewerb	81
aaa) Im lauterkeitsrechtlichen Bereich	81
bbb) Im kartellrechtlichen Bereich	83
cc) Weitere öffentliche Interessen	84
e) Interessen Dritter	84
aa) Arbeitnehmer	84
bb) Konsumenten	85
2. Die Bewertung der Interessen	85
F. Das Problem des Zeitablaufs	86
IV. Das Verhältnis von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund	88
A. Praxis und herrschende Lehre in der Schweiz und in Deutschland	88
B. Alternativen zur herrschenden Praxis	88
1. Die alleinige Berücksichtigung des Verfügungsgrundes	88
2. Die Kombination von Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch	89
a) Die Quantifizierung der Gefährdung	91
b) Die Quantifizierung der richterlichen Überzeugung bezüglich des Verfügungsanspruchs	92
aa) Tatsächliche Grundlagen	92
bb) Rechtliche Würdigung	93
cc) Gesamtberechnung	93
c) Schlussfolgerung	93
§ 4 Der Inhalt der vorsorglichen Massnahme	97
I. Grundsätze	97
A. Schranken der richterlichen Inhaltsgestaltung	97
1. Gesetz	97
2. Antrag	98
3. Die Begrenzung auf die Parteien	98
4. Das materielle Recht	99
5. Das Problem der definitiven Anspruchserledigung	100
B. Die Gestaltung des Inhalts	101
1. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit nach herrschender Lehre und Praxis	101
2. Die Inhaltsgestaltung im Lichte des Ziels der vorsorglichen Massnahme	102

II. Die einzelnen Massnahmearten	104
A. Sichernde Massnahmen	104
1. Allgemeines	104
2. Vorsorgliche Massnahme zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes	106
3. Die Sicherheitsleistung des Antragsgegners	106
a) Die Anordnung einer Sicherheitsleistung als Inhalt einer vorsorglichen Massnahme	106
b) Die Funktion der Sicherheitsleistung	107
c) Die Wirkung und das Schicksal der Sicherheitsleistung	108
d) Kann die Sicherheitsleistung die Anordnung weitergehender Massnahmen ersetzen?	108
B. Befriedigende Massnahmen	109
1. Allgemeines	109
2. Die vorläufige Unterlassung	110
3. Unterlassungsverfügungen bei Boykottfällen	114
4. Beseitigungsverfügungen	116
a) Verfügungen auf Richtigstellung	116
b) Übrige Beseitigungsverfügungen	119
C. Massnahmen zur Beweissicherung	120
§ 5 Die Subsidiarität der vorsorglichen Massnahme	122
I. Grundsatz	122
II. Alternativen zum Massnahmeantrag	122
A. Rechtliche Mittel	122
1. Anzeige an eine Verwaltungsbehörde zur Einleitung eines Verwaltungsverfahrens	122
a) Anwendungsbereich	123
b) Wirkungen	123
aa) Ausverkaufsordnung	123
bb) Kartellrecht	124
c) Die Frage der Subsidiarität	126
aa) Im Kartellrecht	126
bb) Im Bereich der Ausverkaufsordnung	127
d) Die Vorteile der Anzeige an eine Verwaltungsbehörde in der Praxis	127
2. Die Einleitung eines Strafverfahrens durch Strafanzeige oder Strafantrag	128
a) Anwendungsbereich	128
b) Wirkung	129
c) Die Frage der Subsidiarität	130
d) Die Vorteile einer Strafanzeige oder eines Strafantrages in der Praxis	130
3. Die Friedensbürgschaft	131
a) Voraussetzungen	131
b) Wirkung	132
c) Die Frage der Subsidiarität	132
B. Tatsächliche Mittel	133
1. Der Beitritt zu einem Kartell	133

2. Die Unterwerfung unter die Marktordnung eines Kartells oder einer kartellähnlichen Organisation	134
3. Vergleichsverhandlungen	134
§ 6 Die superprovisorische Verfügung	138
I. Der Begriff der superprovisorischen Verfügung	138
II. Die Voraussetzungen zum Erlass einer superprovisorischen Verfügung	139
– Kurzfristige Wettbewerbsverstöße	140
– Gegendarstellung	142
– Stark schädigende Wettbewerbshandlungen	143
– Beweissicherung	143
III. Die superprovisorische Verfügung in der Praxis	144
A. In Deutschland	144
B. In der Schweiz	146
IV. Die Besonderheiten des Erkenntnisverfahrens bei der superprovisorischen Verfügung	149
V. Die Schutzschrift	150
A. Die Schutzschrift als Entwicklung der deutschen Praxis	150
B. Kann auch in der Schweiz eine Schutzschrift deponiert werden?	151
1. Die Beachtungspflicht	151
2. Die Pflicht zur Entgegennahme und Aufbewahrung	152
3. Praktische Hinweise	153
§ 7 Die Haftung des Antragstellers für materiell unrichtige vorsorgliche Massnahmen	154
I. Die Voraussetzungen einer Haftung nach Art. 12 Abs. II UWG	154
A. Kein Obsiegen des Antragstellers im ordentlichen Verfahren	154
B. Schaden	156
1. Verfahrenskosten	156
2. Schaden durch Unterlassung	157
3. Schaden durch Beseitigung (ohne Berichtigung)	159
4. Schaden durch Widerruf, Gegendarstellung und Verfügungsveröffentlichung	160
C. Kausalzusammenhang	160
D. Verschulden?	161
II. Der Umfang des Schadenersatzes	161
A. Das fehlende oder geringe Verschulden des Antragstellers	162
B. Das Bestehen des materiellen Anspruchs	163
C. Weitere Reduktionsgründe	165
III. Das Haftungsrisiko des Antragstellers in der Praxis	165

XII

IV. Die Sicherheitsleistung des Antragstellers zur Sicherung des Schadenersatzanspruchs	166
V. Die Natur der Haftung aus ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahmen	169
A. Haftung für rechtswidriges Handeln?	169
B. Haftung für rechtmässiges Handeln	171
VI. Drängt sich eine gänzlich verschuldensunabhängige Schadenersatzpflicht auf?	172
3. Kapitel	
Die vorsorgliche Massnahme und das Hauptverfahren	174
§ 1 Das Verhältnis zwischen vorsorglicher Massnahme und Hauptverfahren nach dem Willen des Gesetzgebers	174
§ 2 Das Verhältnis zwischen vorsorglicher Massnahme und Hauptverfahren in der Praxis	177
I. In Deutschland	177
II. In der Schweiz	177
III. Analyse der Praxis	178
A. Die Übereinstimmung von Massnahmeentscheid und ordentlichem Urteil	178
B. Der Verzicht auf das ordentliche Verfahren	179
IV. Der aussergerichtliche Vergleich als Mittel zur Vermeidung des ordentlichen Verfahrens	180
§ 3 Die Verlagerung des Rechtsschutzes in das summarische Verfahren	186
Anhang	
Vorschlag einer Neuformulierung der Bestimmungen über die vorsorgliche Massnahme im UWG (Art. 9–12 UWG)	189

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Neben den allgemein bekannten Abkürzungen wurden verwendet:

AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.M.	anderer Meinung
Am J Comp L	American Journal of Comparative Law (USA)
AO	Verordnung über Ausverkäufe und ähnliche Veranstaltungen vom 16. April 1947
BB	Der Betriebs-Berater (D)
BBl.	Bundesblatt
BezG	Bezirksgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (D)
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH	Bundesgerichtshof (D)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
Brooklyn L Rev	Brooklyn Law Review (USA)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BZPO	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947
Colum L Rev	Columbia Law Review (USA)
ER	Einzelrichter
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (D)
GRUR int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil (D)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (D)
Harv L Rev	Harvard Law Review (USA)
HGB	Handelsgesetzbuch (D)
JurA	Juristische Analysen (D)
JuS	Juristische Schulung (D)
JW	Juristische Wochenschrift (D)
JZ	Juristenzeitung (D)
KG	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962
Kt.	Kanton
Ky L J	Kentucky Law Journal (USA)
Law Q Rev	Law Quarterly Review (GB)
LG	Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten vom 8. Juni 1923
LG	Landesgericht
LV	Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten vom 27. Mai 1924
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (D)
m.E.	meines Erachtens
Mitteilungen	Schweizerische Mitteilungen über gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
MMG	Bundesgesetz betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900
Mod L Rev	Modern Law Review (GB)
MSchG	Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnung und der gewerblichen Auszeichnung vom 26. September 1890
NC L Rev	North Carolina La Review (USA)
New L J	New Law Journal (GB)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (D)

OG	Obergericht/Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
OLG	Oberlandesgericht
PatG	Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria
RGSt.	Entscheide des Reichsgerichts in Strafsachen
ROT	Rechenschaftsberichte des Obergerichtes des Kantons Thurgau
S Cal L Rev	Southern California Law Review (USA)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
Sem.jud.	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Stan L Rev	Stanford Law Review (USA)
Sten.Bull. StR	Stenographisches Bulletin des Ständerates
Sten.Bull. NR	Stenographisches Bulletin des Nationalrates
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (mit seitherigen Änderungen)
Uebest.	Übergangsbestimmungen
URG	Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922
U Tol L Rev	University of Toledo Law Review (USA)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943
VKK	Veröffentlichungen der schweizerischen Kartellkommission
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (D)
WuR	Wirtschaft und Recht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (D)
ZPO	Zivilprozessordnung (Land oder Kanton vorgestellt)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (D)

LITERATURVERZEICHNIS

(Literatur, die ohne Angabe eines Verfassers erschienen ist, wurde unter dem betreffenden Titel in das Literaturverzeichnis aufgenommen.)

- Aderhold H.*, Die Erledigung der Hauptsache nach Erlass einer einstweiligen Verfügung, NJW 1961, S. 1804.
- Altendorf H.*, Das vorläufige Verfahren, 2. Aufl., Darmstadt 1979.
- Ammon K.*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1980.
- Areeda P.*, Antitrust Violations without damage recoveries, Harv L Rev 89 (1976), S. 1127 ff.
- Arens P.*, Verfügungsanspruch und Interessenabwägung beim Erlass einstweiliger Verfügungen, Festschrift für E. von Caemmerer, Tübingen 1978, S. 75 ff.
- Bandt Th.*, Verzicht auf die Einrede des Fortsetzungs zusammenhangs in vertragsstrafbewehrten Unterlassungsverpflichtungen, WRP 1982, S. 5 ff.
- Baudenbacher C.*, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, in: ZHR 144 (1980), S. 145 ff.
- Suggestivwertung und Lauterkeitsrecht, Diss. Bern 1978.
 - Probleme der Rechtsverfolgung im schweizerischen Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR int. 1980, S. 344 ff.
- Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 13. Aufl., München 1981.
- Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozessordnung, 39. Aufl., München 1981.
- Baumgaertel G.*, Besprechung von F. Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, AcP 1968, S. 401 ff.
- Baur F.*, Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich, BB 1964, S. 607 ff.
- Present German Practices in the Application for Temporary Relief: Attachment and Temporary Restraining Orders, Am J Comp L 1965, S. 247 ff.
 - Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Frankfurt a.M. 1967.
- Becker H.H.*, Auferlegung einer Sicherheit bei Unterlassungsansprüchen durch Urteil und einstweilige Verfügung?, JW 1926, S. 2424.
- Begleitbericht* zum Entwurf betreffend die Revision des Kartellgesetzes, WuR 31 (1979), S. 101 ff.
- Biedenkopf K.H.*, Rechtsfragen der Konzentration, in: ZBJV 108 (1972), S. 1 ff.
- Birrer F.*, Das Verschulden im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Diss. Freiburg 1970.
- Blomeyer J.*, Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Erlass eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, ZJP 1968, S. 20 ff.
- Blomeyer K.*, Arrest und einstweilige Verfügung, ZJP 1952, S. 52 ff.
- Blum/Pedrazzini*, Das Schweizerische Patentrecht, Bd. III, Bern 1961, Supplement, Bern 1975.
- Bölsterli U.*, Öffentliches Interesse im Zivilprozess, Diss. Zürich 1976.
- Borck H.-G.*, Gegenzüge oder wie man zweckmässig auf Unterlassungsansprüche reagiert, WRP 1980, S. 375.
- Zur Glaubhaftmachung des Unterlassungsanspruches, WRP 1978, S. 776.
 - Grenzen richterlicher Formulierungshilfe bei Unterlassungsverfügungen, WRP 1977, S. 457 ff.
 - Die Grundsätze für die Tätigkeit von Wettbewerbsvereinigungen, WRP 1982, S. 70 ff.
 - Der Hilfsantrag im Unterlassungsprozess, WRP 1981, S. 248 ff.
 - Über die Höhe des Gegenstandswertes, der Sicherheitsleistung und der Beschwer bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen, WRP 1978, S. 435 ff.
 - Kunstfehler und kalkulierte Risiken beim Umgang mit Unterlassungsverfügungen, WRP 1974, S. 274 ff.
 - Obliegt es dem Opfer, den Täter zu warnen?, WRP 1974, S. 241 ff.
 - Prinzipielles Befriedigungsverbot und obligatorische mündliche Verhandlung?, WRP 1972, S. 238 ff.
 - Die Tätertypen des unlauteren Wettbewerbs, WRP 1982, S. 252 ff.

- Borck H.-G.*, Über die Vollziehung von Unterlassungsverfügungen, WRP 1977, S. 556.
- Wiederholungsgefahr – Dringlichkeit – Abmahnungslast, NJW 1981, S. 2721 ff.
 - Wieso erledigt die Unterwerfungserklärung den Unterlassungsanspruch?, WRP 1974, S. 372 ff.
 - Die Zeit und ihr Vergehen im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 21, 25 UWG und 935 ff. ZPO, WRP 1978, S. 519 ff.
 - Zur Zurückweisung des Verfügungsantrages ohne mündliche Verhandlung, WRP 1978, S. 641 ff.
- Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz)*, BBl. 1982 II, S. 636 ff.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen*, BBl. 1961, S. 553 ff.
- Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen*, BBl. 1981 II, S. 1293 ff.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den unerlaubten Wettbewerb vom 11. Juni 1934*, BBl. 1934 II, S. 513 ff.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb*, BBl. 1942, S. 665 ff.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung*, BBl. 1937 II, S. 833 ff.
- Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb*, BBl. 1977 I, S. 161 ff.
- Botschaft zur Volksinitiative "Zur Absicherung der Rechte der Konsumenten"*, BBl. 1979 III, S. 745 ff.
- Briner A.*, Vorsorgliche Massnahmen im schweizerischen Immaterialgüterrecht, SJZ 78 (1982), S. 157 ff.
- Brinkmann G.*, Schiedsgerichtsbarkeit und Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, Berlin 1977.
- Brunner P.*, Die Stellung des Geschädigten im zürcherischen Offizial- und subsidiären Privatstrafklageverfahren, Diss. Zürich 1976.
- Bruns R.*, Schadenersatz und Rechtskraftsfragen des § 945 ZPO, ZZP 1952, S. 67 ff.
- Bühlmann H.*, Wettbewerb als Grundnorm der Schweizerischen Wirtschaftsverfassung, WuR 31 (1979), S. 178 ff.
- Bülöw P.*, Haftung der Werbeagentur gegenüber Dritten bei Verstössen gegen das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, BB 1975, S. 538 ff.
- Burchert M./Goerl J.*, Die Wahrung der Frist des § 926 ZPO im Wettbewerbsverfahren, WRP 1976, S. 661 ff.
- von Büren B.*, Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957.
- Verjährung und Verwirkung im Zivilrecht, SJZ 45 (1949), S. 369 ff.
- Buxbaum R.M.*, Die private Klage als Mittel zur Durchsetzung wirtschaftspolitischer Rechtsnormen, Karlsruhe 1972.
- Callmann R.*, Der unlautere Wettbewerb, 2. Aufl., Mannheim/Berlin/Leipzig 1932.
- Campiche E.G.*, Die verfassungskonforme Auslegung, Diss. Zürich 1978.
- Casanova H.*, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, Diss. Freiburg 1982.
- Chayes A.*, The role of the judge in public law litigation, Harv L Rev 89 (1976), S. 128 ff.
- Cornette J.D.*, Temporary Restraining Orders, Ky L J 40 (1951), S. 98 ff.
- Corrective Advertising Orders of the Federal Trade Commission Note, Harv L Rev 85 (1971), S. 477 ff.
- Cullison A.D.*, Probability Analysis of Judicial Fact Finding: A Preliminary Outline of The Subjective Approach, U Tol L Rev 1969, S. 540.
- David L.*, Schweizerisches Werberecht, Zürich 1977.
- Dechenaux H.*, L'esprit de la loi fédérale sur les cartels et les organisations analogues, Genf 1964.
- Desax H.*, Haftung für erlaubte Eingriffe, Diss. Freiburg 1977.
- Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, Eingabe betreffend Stellungnahme zum Entwurf eines zweiten Änderungsgesetzes zur ZPO, GRUR 1972, S. 353 ff.
- Developments of the Law*, Injunctions, Harv L Rev 78 (1965), S. 994 ff.
- Developments of the Law*, Deceptive Advertising, Harv L Rev 80 (1967), S. 1005 ff.

- Dobbs D.B.*, Should security be required as a Pre-Condition to provisional injunctive relief?, NC L Rev 52 (1973/74), S. 1091 ff.
- Döpner U.*, Anmerkung zum Urteil des OLG Karlsruhe vom 19. September 1974, WRP 1975, S. 693 ff.
- Drethmann F.*, Die Berücksichtigung "öffentlicher" Interessen bei der Prüfung der Eilbedürftigkeit des einstweiligen Verfügungsverfahrens nach § 25 UWG, GRUR 1979, S. 602 ff.
- Ebel F.*, Berichtigung, transactio und Vergleich, Tübingen 1978.
- Emch T.*, Privates und öffentliches Kartellrecht als Mittel zur Durchsetzung eines ordnungspolitischen Leitbildes, Diss. Zürich 1982.
- Engelschall M.*, Änderung der Verfahrensvorschriften bei Erwirkung einstweiliger Verfügungen?, GRUR 1972, S. 103 ff.
- Englert Ch.*, Materiellrechtlich begründete Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 77 PatG, SJZ 66 (1970), S. 369 ff.
- von Falckenstein R.*, Verbraucherverbandsklage, Schädigungen der Konsumenten und UWG-Novelle, WRP 1978, S. 502 ff.
- Fritzschke H.*, Gutachten an das BIGA vom 20. März 1942 zu den Vorschlägen über provisorische Massnahmen (nicht veröffentlicht).
- Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bde. I und II, 2. Aufl., 1967/68.
- Fritze U.*, Bemerkungen zur einstweiligen Verfügung im Bereich der gewerblichen Schutzrechte und im Wettbewerbsrecht, GRUR 1979, S. 290 ff.
- von Gamm*, Sequestration im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1958, S. 172 ff.
- Gauch P.*, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968.
- Gauch/Schluap/Jäggi*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 2. Aufl., Zürich 1981.
- Gellhorn E.*, Antitrust Law and Economics, St. Paul (Minn.) 1976.
- Germann O.A.*, Concurrence déloyale, Unlauterer Wettbewerb, concorrenza sleale, Zürich 1947.
- Vergleichende Reklame, WuR 1954, S. 259 ff.
- Zum Leitungsprinzip im Wettbewerbsrecht, WuR 1968, S. 143 ff.
- Giger H.*, Der Vollzug der Eidgenössischen und Kantonalen Vorschriften über Ausverkäufe und Ausnahmeverkäufe, ZBl. 50 (1949), S. 229 ff., 253 ff., 258 ff.
- Gloor A.*, Vorsorgliche Massnahme im Spannungsfeld von Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1982.
- Glücklich H.*, Die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte für einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, GRUR 1966, S. 301 ff.
- von Goetze R.*, Zurückweisung eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch Beschluss ohne mündliche Verhandlung?, WRP 1978, S. 433 ff.
- Gore A.*, Interlocutory Injunctions – A Final Judgement, Mod L Rev 1975, S. 672 ff.
- Graven P.*, Le Cautionnement préventif, Basel 1963.
- Grimes W.S.*, Control of Advertising in the United States and Germany: Volkswagen has a better idea, Harv L Rev 84 (1971), S. 1769 ff.
- Grossen J.-M.*, La Protection de la personnalité en droit privé, ZSR 79 (1960) II, S. 1 ff.
- Grünbaum J.*, Die Friedensbürgschaft im schweizerischen Strafrecht, Bern 1941.
- Grunsky W.*, Besprechung von D. Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, ZJP 85 (1972), S. 358 ff.
- Die auf Leistungserbringung gerichtete einstweilige Verfügung, JurA 1970, S. 724 ff.
- Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, JuS 1976, S. 277 ff.
- Guldener M.*, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR 1961 II, S. 1 ff.
- Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979.
- Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, ZSR 74 (1955), S. 19 ff.
- Gunz H.*, Das öffentlich-rechtliche Instrumentarium des Kartellgesetzes, Diss. Freiburg 1969.
- Gygi F.*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 1. Aufl., Bern 1979.
- Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981.
- Habscheid W.J.*, Droit Judiciaire privé suisse, Genf 1975.
- Hadding W.*, Zur einstweiligen Verfügung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: ZHR 130 (1968), S. 1 ff.
- Hangartner Y.*, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Bd. I, Zürich 1980.

- Haenni A.*, Ersatzmassnahmen für Untersuchungshaft, Diss. Zürich 1980.
- Harwood G.F.*, *Odgers Principles of Pleading and Practice*, 20. Aufl., London 1971.
- Häsemeyer L.*, Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit, Hamburg 1979.
- Hasenböhler F.*, Die provisorische Verfügung nach basellandschaftlichem Zivilprozessrecht, BJM 1976, S. 1 ff.
- Hauser R.*, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechtes, Basel/Stuttgart 1978.
- Heinz G./Stillner W.*, Noch einmal zur Problematik eines Vertragsstrafversprechens zugunsten eines Dritten, WRP 1977, S. 248 ff.
- Übernahme einer an einen Dritten zu zahlenden Vertragsstrafe als ausreichendes Strafgedinge bei Wettbewerbsverstössen?, WRP 1976, S. 657 ff.
- Heller E.*, Das Urteil auf Widerruf einer verletzenden Behauptung und seine Vollstreckung, NJW 1963, S. 129 ff.
- Hellerich C.L.*, Imminent Irreparable Injury: A need for reform, S Cal L Rev 45 (1972), S. 1025.
- Henckel W.*, Prozessrecht und materielles Recht, Göttingen 1970.
- Hensel K.P.*, Über die sozialwirtschaftliche Bestimmung von Wirtschaftssystemen, in: Festschrift für F. Böhm, Tübingen 1975, S. 227 ff.
- Heyden F.*, Vergleichender Warentest, SJZ 64 (1968), S. 1 ff.
- Homburger E.*, Kritische Bemerkungen zum Artikel von Prof. Dr. rer. pol. et lic. iur. Hugo Sieber über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, WuR 1973, S. 123 ff.
- Zur Funktion des Kartellrechts in einer auf Privatautonomie beruhenden Wirtschaftsordnung, in: WuR 28 (1976), S. 333 ff.
- Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung bei Anwendung des Kartellgesetzes, in: ZSR 89 (1970) II, S. 1 ff.
- Hoppmann E.*, Zum Schutzobjekt des GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 61 ff., Bad Homburg/Berlin/Zürich 1968.
- Hug W.*, Zur gesetzgeberischen Ausführung des Kartellartikels der Bundesverfassung, WuR 1958, S. 89 ff.
- Interlocutory Injunction and the injunction bond, Note, Harv L Rev 73 (1959/60), S. 333 ff.
- Jäggi P.*, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 (1960) II, S. 133 ff.
- Jagmetti M.*, Vorbehaltenes kantonales Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht, Bd. I, Basel/Stuttgart 1969, S. 239 ff.
- Jauernig O.*, Einstweilige Verfügung gegen ein Bezugsverbot?, NJW 1973, S. 1671.
- Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZJP 79 (1966), S. 321 ff.
- Jetzer R.P.*, Lockvogelwerbung, Diss. Zürich 1979.
- Kaplan J.*, Decision Theory and the Factfinding Process, Stan L Rev 20 (1968), S. 1065 ff.
- Kempfle H.*, Aufhebung der einstweiligen Verfügung nach Wegfall der Wiederholungsgefahr, NJW 1961, S. 1054 ff.
- Kissler M.*, Gebührenvereine im Zwielficht, GRUR 1979, S. 593 ff.
- Klaka R.*, Die einstweilige Verfügung in der Praxis, GRUR 1979, S. 593 ff.
- Knöpfle R.*, Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln/Berlin/Bonn/München 1966.
- Koch E.*, Freiheit und Wettbewerb, in: Festschrift für F. Böhm, Tübingen 1975, S. 269 ff.
- Koebel U.*, Der presserechtliche Anspruch auf Gegendarstellung, NJW 1963, S. 790 ff.
- Köhler J.*, Der unlautere Wettbewerb, Berlin/Leipzig 1914.
- Kolhaas M.*, Übernahme einer an einen Dritten zu zahlenden Vertragsstrafe als ausreichendes Strafgedinge bei Wettbewerbsverstössen, in: WRP 1977, S. 91 ff.
- Koller A.*, Die Konzeption des möglichen Wettbewerbes, Auslegungshilfe des Kartellgesetzes, WuR 1970, S. 149 ff.
- Kölz A.*, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978.
- Körner E.*, Natürliche Handlungseinheit und fortgesetzte Handlung bei der Unterlassungsvollstreckung und bei Vertragsstrafenversprechen, WRP 1982, S. 76 ff.
- Der Vollzug verbotener Verpflichtungsgeschäfte als selbständiger Wettbewerbsverstoss, WRP 1979, S. 774 ff.
- Krieger U.*, Zur Dringlichkeit von einstweiligen Verfügungen im Wettbewerbsrecht, GRUR 1975, S. 168 ff.
- Külper U.*, Probleme der Unterwerfungserklärung, WRP 1974, S. 131 ff.

- Kummer M.*, Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauteren und freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, Bern 1960.
- Grundriss des Zivilprozessrechts nach der Prozessordnung des Kantons Bern und des Bundes, 3. Aufl., Bern 1978.
 - Der zivilrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts, ZBJV 103 (1967), S. 106 ff.
- Kuster W.*, Zur Frage der Parteieigenschaft in Zusammenhang mit den kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren, WuR 22 (1970), S. 247 ff.
- Langen/Niederleithinger/Schmidt*, Kommentar zum Kartellgesetz, 5. Aufl., Neuwied/Darmstadt 1977.
- Lehmann D.*, Die Schweizerische Ausverkaufsordnung, Diss. Zürich 1981.
- Leipold D.*, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München 1971.
- Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes, ZZP 90 (1977), S. 258 ff.
- Leubsdorf J.*, The Standard for Preliminary Injunctions, Harv L Rev 91 (1978), S. 525 ff.
- Leuch G.*, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar, 3. Aufl., Bern 1956.
- Lindacher W.F.*, Gesicherte Unterlassungserklärung, Wiederholungsgefahr und Rechtsschutzbedürfnis, GRUR 1975, S. 413 ff.
- Lipps W.*, Gestaltungsmöglichkeiten bei einstweiligen Unterlassungsverfügungen im Wettbewerbsprozess, NJW 1970, S. 226 ff.
- Loewenstein U.*, Probleme der vorprozessualen Abmahnung bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen durch Verbände, WRP 1979, S. 839 ff.
- Loeffler*, Anmerkung zum Urteil des LG Braunschweig vom 18. März 1954, NJW 1954, S. 1488 f.
- Lüchinger A.*, Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit und die Massenmedien, SJZ 70 (1974), S. 321 ff.
- Lueke G./Baehr P.*, Einstweilige Anordnungen zum sofortigen Vollzug kartellrechtlicher Verfügungen, in: Wettbewerb als Aufgabe, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1968, S. 519 ff.
- Lukes R.*, Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in den Denkkategorien des Rechts, in: Festschrift für F. Böhm, Karlsruhe 1965, S. 199 ff.
- Maedrich J.*, Das Verhältnis der Rechtsbehelfe des Antragsgegners im einstweiligen Verfügungsverfahren, Köln/Berlin/Bonn/München 1980.
- Matter E.*, Zur Generalklausel im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, ZBJV 1951, S. 449 ff.
- Meier I.*, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1983.
- Meier-Hayoz A.*, Berufung auf Irrtum beim Vergleich, SJZ 49 (1953), S. 117 ff.
- Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Aufl., Zürich 1979.
- Meier-Wild H.*, Vorsorgliche Massnahmen zum Schutz gegen unzulässigen Wettbewerb, SJZ 30 (1933), S. 177 ff.
- Mellullius K.J.*, Zum Unkostenerstattungsanspruch bei der Verwarnung durch Verbände im gewerblichen Rechtsschutz, WRP 1982, S. 1 ff.
- Meng F.J.*, Die vorsorgliche Verfügung nach aargauischer Zivilprozess- und Handelsgerichtsordnung, U.Diss. Basel 1971.
- Merz H.*, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit, in: Festschrift für F. Böhm, S. 227 ff., Karlsruhe 1965.
- Das schweizerische Kartellgesetz, Bern 1967.
- Meyer M.*, Das Verbandsklagerecht in der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtes, SJZ 44 (1948), S. 185 ff.
- Ming H.P.*, Die vorsorgliche Massnahme im Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Diss. Zürich 1969.
- Minnerop M.*, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, Köln/Berlin/Bonn/München 1973.
- Müller-Laube H.-M.*, Der private Rechtsschutz gegen unzulässige Beschränkungen des Wettbewerbs und missbräuchliche Ausübung von Marktmacht im deutschen Kartellrecht, Berlin 1980.
- Müller J.*, Zur einstweiligen Verfügung im Immaterialgüterrecht, ZBJV 119 (1983), S. 30 ff.
- Mulligan W.H.*, Preliminary Injunctions in the second circuit, Brooklyn L Rev 1977, S. 831 ff.
- Nagel S.S.*, Predicting and reducing court-case time through simpel logic, NC L Rev 60 (1981), S. 103 ff.
- Nieder M.*, Aufbrauchfrist via Unterwerfungserklärung?, WRP 1976, S. 289 ff.

- Niklisch F.*, Verbandsmacht und einstweiliger Rechtsschutz, Berlin 1974.
- Note on Application of the President and Directors of Georgetown College, Inc.* (DC Cir. 1964), Harv L Rev 77 (1964), S. 1539 ff.
- Oftinger K.*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 4. Aufl., Zürich 1975.
- Oppenheim S.C./Weston G.E.*, Unfair Trade Practices and Consumer Protection, St. Paul (Minn.) 1974.
- Ostler F.*, Wichtige prozessuale Fragen des Eilverfahrens der ZPO, MDR 1968, S. 173 ff.
- Ott W.*, Die unbestrittene Sachlegitimation, SJZ 78 (1982), S. 17 ff.
- Pastor W.L.*, Kostenerstattung bei erfolgreicher Verwarnung, WRP 1979, S. 423 ff.
- Das Rechtsschutzbedürfnis bei Verstößen gegen eine gesicherte Unterwerfungserklärung, GRUR 1974, S. 423 ff.
- Die Schutzschrift gegen wettbewerbsrechtliche einstweilige Verfügung, WRP 1972, S. 231 ff.
 - Die UWG-Reform und der Missbrauch der Verbandsklagebefugnis aus § 13 UWG, WRP 1978, S. 246 ff.
 - Der Wettbewerbsprozess, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1980.
 - Das wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadenersatzrecht bei E. Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Band, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1971.
- Pedrizzini M.M.*, Zur Praxisrelevanz der UWG-Revision für das Gebiet des Zivilrechts, SJZ 77 (1981), S. 121 ff.
- Peterson C.H.*, Some observations on Provisional Relief in American Law, Am J Comp L 1965, S. 267 ff.
- Piehler K.*, Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht, Frankfurt a.M. 1980.
- Pietzcker R.*, Unterlassungsverpflichtung mit Bedingung?, GRUR 1973, S. 257 ff.
- Plaisant R./Joris V.*, World Law of Competition, France, New York (N.Y.) 1980.
- Pohle R.*, Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in: Festschrift F. Lent, München/Berlin 1957, S. 195 ff.
- Prescott P.*, Note on American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd., Law Q Rev 1975, S. 168 ff.
- Private Treble Damage Antitrust Suits: Measure of Damages for Destruction of All or Part of a Business, Note Harv L Rev 80 (1967), S. 1566 ff.
- Przygodna B.-J.*, Die Abmahnungspflicht bei Wettbewerbsverstößen in der gerichtlichen Entscheidungspraxis, WRP 1972, S. 409 ff.
- Purtschert J.*, Der Schutz des unmittelbaren Ergebnisses einer Arbeits- oder Unternehmensleistung, Diss. Freiburg 1974.
- Raiser L.*, Rechtsschutz und Institutionsschutz im Privatrecht, in: Summa ius summa iniuria, S. 143 ff., Tübingen 1963.
- Recent Developments*, Probability of ultimate success held unnecessary for grant of interlocutory injunction, Colum L Rev 71 (1971), S. 165 ff.
- The Regulation of Advertising, Note, Colum L Rev 56 (1956), S. 1018 ff.
- Rehberg J.*, Strafrecht II, 3. Aufl., Zürich 1980.
- Roggwiller H.*, Der "wichtige Grund" und seine Anwendung in ZGB und OR, Diss. Zürich 1956.
- Roos G.*, Das Klagerecht der Berufs- und Wirtschaftsverbände nach dem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Bern 1947.
- Saladin P.*, Grundrechte im Wandel, 3. Aufl., Bern 1982.
- Scherer F.M.*, Industrial Market Structure and Economic Performance, Chicago 1970.
- Scheuner U.*, Grundfragen der Staatshaftung für schädigende Eingriffe, Gedächtnisschrift W. Jellinek, S. 331 ff., München 1955.
- Schilken E.*, Die Befriedigungsverfügung, Berlin 1975.
- Schimmelpfennig H.-C.*, Unterlassungsklage bei Wettbewerbsverstößen trotz vorliegender strafbewehrter Unterlassungsverpflichtung, GRUR 1974, S. 201 ff.
- Schluep W.R.*, Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches Kartellgesetz, in: Festschrift F. Böhm, S. 569 ff., Tübingen 1975.
- Grundzüge des Entwurfes der Expertenkommission zur Revision des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen, ZBJV 1979, S. 65 ff.
- Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, in: WuR 1969, S. 193 ff.
- Vom lauten zum freien Wettbewerb, in: W.R. Schluep, Zum Wirtschaftsrecht, S. 62 ff., Bern 1978.

- Schlupe W.R.*, Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in: W.R. Schlupe, *Zum Wirtschaftsrecht*, S. 120 ff., Bern 1978.
- *Wirtschaftsrecht: Wesen, Aufbau, Merkmale, Formen und Stellung im Rechtssystem*, in: W.R. Schlupe, *Zum Wirtschaftsrecht*, S. 2 ff., Bern 1978.
- Schmidhauser B.*, Parteien und Zeugen in der Sonderuntersuchung gemäss Kartellgesetz, *WuR* 20 (1968), S. 95 ff.
- Schmidt K.*, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, Köln/Berlin/Bonn/München 1977.
- Schnur H.*, Das Verhältnis von Widerruf einer Behauptung und Bekanntmachung der Gerichtsentscheidung als Mittel zur Rufwiederherstellung, *GRUR* 1978, S. 225 ff.
- Schneider E.*, Beweis und Beweiswürdigung, 3. Aufl., München 1978.
- Schoch W.*, Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1935.
- Schoenke A.*, Das Rechtsschutzbedürfnis, Detmold/Frankfurt a.M./Berlin 1950.
- Schricker G.*, Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, *GRUR int.* 1970, S. 32 ff.
- Schubert W.*, Klageantrag und Streitgegenstand bei Unterlassungsklagen, *ZZP* 1972, S. 29 ff.
- Schuler*, Die auf Leistung lautende einstweilige Verfügung, *NJW* 1959, S. 1801 ff.
- Schultz H.*, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. II, 4. Aufl., Bern 1982.
- Schürmann L.*, Bundesgesetz über Kartelle, Kommentar des Kartellgesetzes mit Erläuterungen, Zürich 1964.
- Die Durchführung des Kartellgesetzes, *WuR* 1969, S. 65 ff.
 - *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bern 1978.
 - Zur neueren Entwicklung der Kartell- und Wettbewerbspolitik aus schweizerischer Sicht, *WuR* 1973, S. 77 ff.
- Seethaler F.*, Der aussergerichtliche Vergleich, Diss. Zürich 1946.
- Sieber H.*, Ist erhebliche Verminderung des Wettbewerbsausmasses sozial und wirtschaftlich schädlich?, *WuR* 1973, S. 126 ff.
- Über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, *WuR* 1973, S. 48 ff.
- Sommerey A.K.*, Anwendung des § 93 ZPO bei einstweiliger Verfügung auf Unterlassung im Wettbewerb?, *MDR* 1970, S. 288 ff.
- Stähelin W.*, Das Bundesgesetz betreffend die Lotterien und die gewerbmässigen Wetten als Strafgesetz, Diss. Zürich 1941.
- Stauder B./Buehler M.*, La Protection des Consommateurs et la publicité, *ZBJV* 1981, S. 520 ff.
- Stein/Jonas/jeweiliger Bearbeiter*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 20. Aufl., Tübingen 1977 ff.
- Steiner E.*, Vorsorgliche Verfügungen gegen unlauteren Wettbewerb, *SJZ* 30 (1933/34), S. 26 f.
- Stratenwerth G.*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl., Bern 1978.
- Sullivan L.A.*, *Handbook of the Law of Antitrust*, St. Paul (Minn.) 1977.
- Teplitzky O.*, Erfasst die Vermutung des § 25 UWG auch den "dringenden Fall" im Sinne des § 937 Abs. 2 ZPO?, *GRUR* 1978, S. 286 ff.
- Schutzschrift, Glaubhaftmachung und "besondere" Dringlichkeit bei § 937 Abs. 2 ZPO – drei Beispiele für Diskrepanzen zwischen Theorie und Praxis, *WRP* 1980, S. 373 ff.
 - Die "Schutzschrift" als vorbeugendes Verteidigungsmittel gegen einstweilige Verfügungen, *NJW* 1980, S. 1667 ff.
 - Zur (fehlerhaften) Berücksichtigung der Öffentlichkeits- oder Verbraucherinteressen bei der Prüfung des Verfügungsgrundes, *WRP* 1978, S. 117 ff.
- Thesen R.*, Eintritt und Einrede der Verjährung im Verfügungsverfahren als Erledigung der Hauptsache, *WRP* 1981, S. 304 ff.
- Tilman W.*, Das Haftungsrisiko der Verbraucherverbände, *NJW* 1975, S. 1913 ff.
- Traub F.*, Eilverfahren und Verjährung nach § 21 UWG, *WRP* 1979, S. 186 ff.
- Tribe L.H.*, Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process, *Harv L Rev* 84 (1971), S. 1329 ff.
- Troller A.*, *Immaterialgüterrecht*, Bd. II, Basel/Stuttgart 1970.
- Die Schadenersatzpflicht wegen unbegründeter vorsorglicher Massnahme, *SJZ* 43 (1947), S. 22 ff.

- von *Tuhr/Siegwart/Escher*, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974.
- Uebe K.*, Die Vorwegnahme der Entscheidung durch einstweilige Verfügung, Diss. Freiburg i.Br. 1972.
- Vinck K.*, Sachgerechtes Verhalten des Antragstellers im wettbewerbsrechtlichen Verfügungsverfahren, WRP 1975, S. 80.
- § 25 UWG – gesetzliche oder tatsächliche Vermutung für das Bestehen des Verfügungsgrundes?, WRP 1972, S. 292 ff.
- Vogel O.*, Probleme des vorsorglichen Rechtsschutzes, SJZ 76 (1980), S. 89 ff.
- Vogt A.*, Abmahnung – Eilbedürfnis – Wiederholungsgefahr, NJW 1980, S. 1499 ff.
- Voyaume J.*, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, ZSR 1961 II, S. 67 ff.
- Walder-Bohner H.U.*, Prozessuales zum Fall Rey c. "TAT", SJZ 73 (1977), S. 281 ff.
- Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966.
- Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1983.
- Wedemeyer U.*, Vermeidbare Klippen des Wettbewerbsrechts, NJW 1979, S. 293 ff.
- Weibel H.*, Die Kontrahierungsschuld im privaten Kartellrecht der Schweiz, Diss. Zürich 1972.
- Wenzel L.*, Grundlinien des Arrestprozesses, MDR 1967, S. 889 ff.
- Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, GRUR 1959, S. 414 ff.
- Wilke D.*, Über den Unsinn einer Reform der §§ 13 und 23a UWG, WRP 1978, S. 581 ff.
- Wilson A.*, Granting an Interlocutory Injunction, New L J 1975, S. 302 ff.
- Wronka G.*, Veröffentlichungsbefugnis von Urteilen, WRP 1975, S. 644 ff.
- Würdinger H.*, Freiheit der persönlichen Entfaltung in Kartell- und Wettbewerbsrecht, Karlsruhe 1953.
- Wyler, H.A.E.*, Ausverkäufe und ausverkaufsfähnliche Veranstaltungen in wettbewerbsrechtlicher Beleuchtung, Diss. Zürich 1957.
- Zeiss W.*, Schadenersatzpflichten aus prozessuaem Verhalten, NJW 1967, S. 703 ff.
- Ziegler W.*, Die vorsorgliche Massnahme in der Zivilprozessgebung der schweizerischen Kantone, Diss. Zürich 1944.

1. KAPITEL

Grundlagen

§ 1 Ziel und Funktion des Wettbewerbsrechts

Im folgenden sollen die materiellrechtlichen Grundlagen des Wettbewerbsrechts betrachtet werden, da diese grundlegenden Wertungen auch für das Prozessrecht in diesem Gebiet massgebend sind. Die hier vertretenen Ansichten weichen zum Teil von der herrschenden schweizerischen Lehre ab, wobei auf diese Abweichungen hingewiesen wird.

I. Wettbewerb als Koordinationsprinzip in der schweizerischen Wirtschaft

Wirtschaftlicher Wettbewerb ist ein dynamischer Handlungsablauf, bei dem verschiedene Personen gleichzeitig versuchen, mit Dritten zu Geschäftsabschlüssen über gleiche oder ähnliche Leistungen zu kommen, indem sie diesen möglichst günstige Geschäftsbedingungen offerieren¹. Dabei beeinflussen sie sich in ihrem Erfolg gegenseitig², weil die angesprochenen Dritten normalerweise³ nur zu den günstigsten angebotenen Bedingungen Geschäfte abschliessen. Durch diese Beeinflussung entsteht für den einzelnen Wettbewerber ein dauernder Anpassungsdruck, der ihn zwingt, die von ihm offerierten Geschäftsbedingungen denjenigen der Konkurrenz anzugleichen. Dadurch ergeben sich für jeden Zeitabschnitt ganz bestimmte marktkonforme und auch marktgängige Geschäftsbedingungen, zu denen die Mehrzahl der Geschäfte abgeschlossen wird⁴. Wenn sowohl Angebot wie auch Nachfrage in einem bestimmten Markt auf Veränderungen dieser marktüblichen Geschäftsbedingungen elastisch reagieren⁵, wirkt der Wettbewerb als Koordinationsmechanismus für Angebot und Nachfrage⁶.

1 Zum Wettbewerbsbegriff: E. Hoppmann, Schutzobjekt des GWB, S. 95 ff.; Betonung vor allem der Dynamik: J.M. Clark, Competition, S. 471 ff.

2 Zu dieser Beeinflussung: E. Hoppmann, Schutzobjekt des GWB, S. 89 f.; J.M. Clark, Competition, S. 471 ff.

3 Die Marktgegenseite verhält sich nie völlig ökonomisch-rational, da bei ihrer Willensbildung oft auch ausserökonomische Präferenzen und Wertungen eine Rolle spielen; dazu E. Gellhorn, Antitrust Law and Economics, S. 45 ff.

4 Zu diesem Prozess: Botschaft KG 1981, S. 1311.

5 L.A. Sullivan, Law of Antitrust, S. 800 f.; E. Gellhorn, Antitrust Law and Economics, S. 52 ff.

6 E. Gellhorn, Antitrust Law and Economics, S. 41, 45 ff.

Diese Art der Koordination⁷ wirtschaftlicher Tätigkeit weist den Vorteil auf, dass sie grundsätzlich ohne Einsatz staatlicher Autorität in Gang gebracht und aufrechterhalten werden kann⁸, während andere Koordinationsmittel wie Gruppenvereinbarungen und Zentralplanung⁹ immer von einer Autorität durchgesetzt werden müssen. Ausserdem weisen diese Koordinationsmethoden in der Praxis auch noch den Nachteil der Starrheit auf, da sie sich dem raschen Wechsel der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen nicht schnell genug anpassen können. Dies rührt daher, dass Plan- oder Vereinbarungsänderungen immer einen Willensbildungs- und Entscheidungsprozess voraussetzen¹⁰, während der Wettbewerb als ständiger dynamischer Prozess keine zentrale Willensbildung benötigt und sich daher sehr schnell¹¹ veränderten Bedingungen anpassen kann¹². Aufgrund dieser Flexibilität und des Fortfalls der Durchsetzungskosten, die bei den anderen Koordinationsprinzipien anfallen, kann der Wettbewerb als volkswirtschaftlich effizientester Koordinationsmechanismus bezeichnet werden¹³.

Neben diesen gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten spricht aber auch eine mehr individualistisch ausgerichtete Betrachtungsweise für die Wirtschaftskoordination durch Wettbewerb; da dieser Koordinationsmechanismus nicht auf der autoritativen Durchsetzung von Normen beruht, die das wirtschaftliche Verhalten der Wirtschaftenden bis in alle Einzelheiten regeln, belässt er im Gegensatz zu den eben erwähnten anderen Koordinationsprinzipien jedem Wirtschaftssubjekt die Entscheidungsfreiheit in bezug auf sein wirtschaftliches Handeln¹⁴. Daher entspricht nur die Koordination durch Wettbewerb dem liberalen Postulat der persönlichen Freiheit im wirtschaftlichen Bereich¹⁵.

Bei der individualistischen Betrachtung der Folgen des Wettbewerbs werden aber auch gewisse Kehrseiten der volkswirtschaftlichen Vorzüge sichtbar: Wegen des auf S. 1 beschriebenen Anpassungsdruckes muss jeder Wettbewerber seine Geschäftsbedingungen den von seinen Mitkonkurrenten angebotenen anpassen. Jede derartige Anpassung an günstigere Geschäftsbedingungen führt aber zu einer Verschlechterung des betriebswirtschaftlichen Ergebnisses des Anpassenden. In diesem Sinne ist die Schädigung der Wirtschaftenden bei der Koordination durch Wett-

7 Zum Koordinationsproblem: K.P. Hensel, Sozialwissenschaftliche Bestimmung von Wirtschaftssystemen, S. 234 ff.; W.R. Schlupe, Wirtschaftsrecht, S. 9 f.

8 E. Gellhorn, Antitrust Law and Economics, S. 46; E. Hoppmann, Schutzobjekt des GWB, S. 81 f., 94.

9 Zu diesen: W.R. Schlupe, Wirtschaftsrecht, S. 10 f.; ders., Allgemeines Wirtschaftsrecht, S. 573 f.

10 K.P. Hensel, Sozialwissenschaftliche Bestimmung von Wirtschaftssystemen, S. 241.

11 Dass er überhaupt eine Anpassungszeit benötigt, ergibt sich aus der Ineffizienz fast aller Märkte; Informationen erreichen nicht alle Marktteilnehmer gleich schnell, und eine vollständige Marktübersicht ist meist unmöglich.

12 H. Bühlmann, Wettbewerb als Grundnorm, S. 184.

13 H. Bühlmann, Wettbewerb als Grundnorm, S. 183; F.M. Scherer, Industrial market structure, S. 12 ff.; Botschaft UWG 1983, S. 30.

14 E. Gellhorn, Antitrust Law and Economics, S. 46 f.; K.P. Hensel, Sozialwissenschaftliche Bestimmung von Wirtschaftssystemen, S. 237 ff.; vgl. Botschaft UWG 1983, S. 1038.

15 E. Koch, Freiheit und Wettbewerb, S. 270; F.M. Scherer, Industrial market structure, S. 12.

bewerb systemimmanent¹⁶, weil jede Angebotsverbesserung eines Wettbewerbers die andern schädigt. Diese Schädigung kann dabei so weit gehen, dass Wirtschaftende, die der Angebotsveränderung wegen mangelnder betriebswirtschaftlicher Effizienz nicht folgen können, zum Marktaustritt gezwungen werden¹⁷. Deshalb muss aus sozialen Gründen in einzelnen Wirtschaftsbereichen ein anderer Koordinationstyp verwendet werden, der das Niveau der marktgängigen Geschäftsbedingungen über dem durch Wettbewerb erreichbaren hält¹⁸. Ausserdem führt die Koordination durch Wettbewerb zu einer Optimierung des Wirtschaftsprozesses nach rein ökonomischen Gesichtspunkten; ausserökonomische Werte werden dabei nicht oder nur zufällig berücksichtigt¹⁹. In Wirtschaftsbereichen, wo derartige Werte, deren Förderung ebenfalls zu den Staatszwecken gehört, vor der ökonomischen Effizienz Vorrang haben, ist daher der Wettbewerb nicht das geeignete Koordinationsprinzip²⁰.

Da die Vorteile der Koordination durch Wettbewerb gegenüber den eben skizzierten Nachteilen im allgemeinen überwiegen, wurde in Art. 31 BV ein Grundsatzentscheid zugunsten der Koordination durch Wettbewerb gefällt. Danach werden alle Bereiche der schweizerischen Wirtschaft, bei denen nicht eine andere Lösung ausdrücklich vorgesehen ist, durch Wettbewerb gesteuert²¹. Zu diesem Zweck wurde jedem Rechtssubjekt die Handels- und Gewerbefreiheit als subjektives Recht auf freie vom Staat ungehinderte wirtschaftliche Betätigung in diesen Bereichen zuerkannt, womit Freiräume für die individuell bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit geschaffen wurden, in denen sich Wettbewerb einstellen kann. Dabei ist aber festzuhalten, dass die Verfassung keinen unbedingten Zwang zur Koordination durch Wettbewerb kennt. Aus Art. 31 bis Abs. III lit. d BV muss vielmehr gefolgert werden, dass die Wirtschaftenden einer Branche den Wettbewerb durch Absprache beschränken oder ausschliessen können, solange dies keine volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Folgen hat.

II. Der Schutz des Wettbewerbs durch das Wettbewerbsrecht

Die Schaffung eines von staatlichen Eingriffen freien Raumes im Bereiche der Wirtschaft ermöglicht zwar prinzipiell die Entwicklung von Wettbewerb, garantiert aber

16 Vgl. Botschaft UWG 1942, S. 688.

17 Botschaft KG 1981.

18 So wird der Arbeitsmarkt vor allem durch Gruppenvereinbarungen geregelt; vgl. Botschaft KG 1961, S. 571.

19 W.R. Schluep, Allgemeines Wirtschaftsrecht, S. 573; H. Bühlmann, Wettbewerb als Grundnorm, S. 184.

20 T. Emch, Privates und öffentliches Kartellrecht, S. 94; W.R. Schluep, Wirtschaftsrecht, S. 19; ders., Allgemeines Wirtschaftsrecht, S. 583 f.

Die Produktion in der Landwirtschaft wird z.B. aus Gründen der Kriegs- und Krisenversorgung nicht durch Wettbewerb gesteuert.

21 Vgl. Botschaft Wirtschaftsartikel 1937, S. 5; F. Gygi, Verfassungsrecht, S. 22 ff.; H. Bühlmann, Wettbewerb als Grundnorm, S. 187.

nicht, dass sich dieser auch wirklich in der gewünschten Weise einstellt und aufrechterhalten wird²².

Im Wettbewerbsprozess entwickeln sich fast zwangsläufig Tendenzen, die zu einer Aufhebung des Wettbewerbs führen²³, oder ihn in Bahnen lenken, in denen er seinem Zweck, den materiellen Wohlstand zu fördern, nicht mehr nachkommen kann²⁴: Da Wettbewerb zumindest kurzfristig alle Wettbewerber durch den vorne beschriebenen Anpassungsdruck schädigt, versuchen diese teilweise durch Absprachen den Wettbewerb untereinander auszuschliessen und das Auftreten neuer Wettbewerber zu verhindern, um dann die Wirtschaftenden der vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufen auszunutzen. Besonders erfolgreiche Wettbewerber können gerade dank des Wettbewerbs durch Veränderung ihrer weniger effizienten Konkurrenten einen Marktanteil erobern, der es ihnen erlaubt, durch die Anwendung ökonomischer Macht das Marktgeschehen zu beeinflussen²⁵. Andere Wettbewerber versuchen dagegen, ihre Wettbewerbsposition im Kampf mit den Mitkonkurrenten durch die Anwendung von Mitteln zu verbessern, die sich nicht mehr mit der wohlfördernden Funktion des Wettbewerbs vereinbaren lassen²⁶.

Ziel des Wettbewerbsrechts ist, diese Tendenzen zu bekämpfen; einerseits soll die Wettbewerbsbehinderung durch die Wettbewerber selbst vermieden, andererseits aber auch die Anwendung von Geschäftspraktiken, die sich mit dem Funktionieren des Wettbewerbs nicht vereinbaren lassen, verhindert werden. Diese beiden Ziele des Wettbewerbsrechts wurden traditionell²⁷ immer getrennt geregelt; das Problem der Wettbewerbsbeschränkungen wurde in einem Kartellgesetz²⁸, dasjenige der funktionswidrigen Handlungen in einem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb behandelt²⁹. Durch die Erkenntnisse der neueren Auslegungslehre³⁰ wurde diese Trennung aber überwunden, da nach dieser die Ausübung von Macht durch einzelne Wettbewerbsteilnehmer zur Behinderung des Wettbewerbs wie auch die im traditionellen Sinne unlauteren Wettbewerbshandlungen als afunktionale Handlungen eines Wettbewerbers charakterisiert und deshalb beide unter den Begriff des Missbrauchs des Wettbewerbs subsumiert werden können³¹. Diese gemeinsame materielle Basis und das gemeinsame Regelungsobjekt gestatten es, Kartell- und Lauterkeitsrecht zusammen als Wettbewerbsrecht zu behandeln.

22 Zu Ermöglichung und Schutz des Wettbewerbs: W.R. Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 121 ff.; Botschaft KG 1981, S. 1312; Botschaft KG 1961, S. 563; vgl. die Entwicklung in den USA vor Erlass des Sherman Acts, in: E. Gellhorn, Antitrust Law and Economics, S. 15 ff.

23 E. Gellhorn, Antitrust Law and Economics, S. 41.

24 Oppenheim/Weston, Unfair Trade Practices, S. 2.

25 Botschaft 1961, S. 556.

26 Oppenheim/Weston, Unfair Trade Practices, S. 2 f.

27 Zur Entwicklung: W.R. Schluep, Vom lauern zum freien Wettbewerb, S. 71 ff.

28 L. Schürmann, Durchführung des Kartellgesetzes, S. 70 f.

29 W.R. Schluep, Vom lauern zum freien Wettbewerb, S. 66 f.; vgl. Botschaft UWG 1983, S. 1040; zu den USA: Oppenheimer/Weston, Unfair Trade Practices, S. 2 f.

30 Dazu: C. Baudenbacher, Suggestivwerbung, S. 137 ff.; ders., Funktionale Anwendung, S. 143 ff., vor allem 154.

31 Vgl. C. Baudenbacher, Suggestivwerbung, S. 134; J. Purtschert, Der Schutz des unmittelbaren Ergebnisses, S. 197.

Neben dem Institut des Wettbewerbs soll das Wettbewerbsrecht aber auch die Persönlichkeit des Wettbewerbers gegen widerrechtliche Eingriffe von Konkurrenten schützen³². Dabei hat das Kartellrecht die Aufgabe, das Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung gegen Beschränkungen durch Mitbewerber zu schützen³³, während das Lauterkeitsrecht andere unberechtigte Angriffe auf die Persönlichkeit des Wettbewerbers durch Wettbewerbshandlungen seiner Mitkonkurrenten verhindern soll.

Damit ist also festzuhalten, dass das Wettbewerbsrecht einerseits im Sinne des Institutsschutzes öffentliche Interessen, andererseits aber im Sinne des Persönlichkeitsschutzes auch private Interessen schützt³⁴. Da nun sowohl das UWG wie auch das Kartellrecht je einen privatrechtlichen und einen öffentlich-rechtlichen Teil aufweisen³⁵, stellt sich die Frage, ob beide Teile sowohl den Schutz der Persönlichkeit des Wettbewerbers wie auch den des Wettbewerbs als Institut bezwecken oder ob im Sinne der Interessentheorie der privatrechtliche Teil ausschliesslich private Interessen und der öffentlich-rechtliche Teil nur öffentliche verfolge³⁶. Da sich diese Dissertation nur mit dem privatrechtlichen Sanktionssystem des Wettbewerbsrechts befasst, ist vor allem dem Problem nachzugehen, ob die privatrechtlichen Normen des Wettbewerbsrechts auch den Institutsschutz anstreben, d.h. ob der Wettbewerb als Institut Schutzobjekt dieser Normen ist.

Diese Abklärung ist für den Fortgang der Arbeit deshalb wichtig, weil die Antwort auf die Frage nach dem Schutzobjekt darüber Aufschluss gibt, welche Interessen für Interessenabwägungen im Bereich dieser Normen relevant sind, und deshalb auch bei Interessenabwägungen im zivilprozessualen Bereich berücksichtigt werden müssen.

Während das privatrechtliche Lauterkeitsrecht vor dem Erlass des UWG rein persönlichkeitsrechtlich fundiert war³⁷, zeigen die Materialien zum UWG, dass dieses in seinen privatrechtlichen Normen nicht nur dem Schutz des Wettbewerbers gegen unberechtigte Angriffe seiner Konkurrenten, sondern auch dem Schutz des Wettbewerbs als Institut dienen sollte³⁸, wobei der Leistungswettbewerb³⁹ als

32 Zum Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung: H. Merz, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 231.

33 E. Hoppmann, Schutzobjekt des GWB, S. 103 f.; H. Merz, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 238.

34 E. Hoppmann, Schutzobjekt des GWB, S. 103; H. Merz, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 256; A. Koller, Konzeption des möglichen Wettbewerbs, S. 153 ff.; zum Verhältnis von Instituts- und Individualschutz: H.M. Müller-Laube, Privater Rechtsschutz, S. 13 f.; L. Raiser, Rechtsschutz, S. 156 ff.; BGE 103 II 301.

35 Die Unterscheidung öffentlich-rechtlich – privatrechtlich wird hier allein aufgrund des Sanktionssystems gemacht; da die privatrechtlichen Normen auch öffentliche Interessen schützen, sind andere Kriterien (wie z.B. Interessentheorie) nicht sinnvoll (H. Merz, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 256).

36 Vgl. E. Homburger, Funktion des Kartellrechts, S. 344.

37 Auch der erste Entwurf von 1934 basierte vor allem auf persönlichkeitsrechtlichen Überlegungen, vgl. Botschaft UWG 1942, S. 674.

38 Botschaft UWG 1942, S. 674; zu diesem Wandel: C. Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung, S. 345 f.

39 Zu diesem Begriff: Botschaft UWG 1942, S. 688; O.A. Germann, Zum Leistungsprinzip, S. 143 ff.; kritisch: C. Baudenbacher, Suggestivwerbung, S. 153 ff.

schützenswerte Form des Wettbewerbs betrachtet wurde. Der Schutz des Wettbewerbs steht dabei sogar im Vordergrund⁴⁰, denn die Beurteilung einer bestimmten Handlung als unlauter hängt nach herrschender Lehre nicht von der Schwere der von ihr verursachten Schädigung des Betroffenen, sondern allein davon ab, ob die betreffende Handlung mit dem Ideal des Leistungswettbewerbs⁴¹ in Einklang steht⁴². Der Schutz des Wettbewerbs steht auch im Vordergrund, wenn man nicht der herrschenden Lehre folgt, sondern Art. 1 Abs. I UWG funktional auslegt, da auch dann nicht die Tatsache einer Schädigung Kriterium der Unlauterkeit ist, sondern allein entscheidend ist, ob die betreffende Handlung dem gesamtwirtschaftlich wünschbaren Handeln eines Wettbewerbers entspricht⁴³. Dieses Primat des Institutsschutzes wird vom Entwurf zur Revision des UWG von 1983 noch besonders hervorgehoben, da Art. 1 dieses Entwurfes als Zweckartikel den Schutz des Wettbewerbs eindeutig in den Vordergrund stellt⁴⁴.

Beim privatrechtlichen Teil des Kartellrechts ist umstritten, ob dieser im Sinne des Institutsschutzes auch das öffentliche Interesse am Wettbewerb schützen soll; *E. Homburger* vertritt die These, dass die zivilrechtlichen Normen des Kartellgesetzes allein dem Schutz privater Interessen dienen, während öffentliche Interessen ausschliesslich im verwaltungsrechtlichen Teil dieses Gesetzes gewahrt werden⁴⁵. Diese Ansicht würde dazu führen, dass aufgrund der unterschiedlichen Wertung der zivil- und verwaltungsrechtlichen Normen bestimmte Handlungen zwar zivilrechtlich erlaubt, vom verwaltungsrechtlichen Teil aber verboten wären. Dies hätte zur Folge, dass praktisch jedem erfolglosen zivilprozessualen Verfahren noch ein verwaltungsrechtliches nachfolgen müsste. Diese Duplizität der Verfahren würde aber der Absicht des Gesetzgebers widersprechen, der die zivilprozessuale Verfolgung in den Vordergrund stellen wollte und dem öffentlich-rechtlichen Verfahren nicht die exklusive Wahrung öffentlicher Interessen zuwies⁴⁶, sondern dieses nur dann zur Anwendung bringen wollte, wenn sich aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen kein Kläger für einen Zivilprozess findet, eine Verfolgung zum Schutze öffentlicher Interessen aber dennoch nötig ist⁴⁷. Im Sinne dieser Konzeption muss also auch im privatrechtlichen Teil des Kartellgesetzes das öffentliche Interesse am Wettbewerb berücksichtigt werden⁴⁸, um so die Normkongruenz zwischen privat-

40 Botschaft UWG 1942, S. 674.

41 Zu diesem: F. Matter, Zur Generalklausel, S. 461 ff.; A.O. Germann, Zum Leistungsprinzip, S. 143 ff.; kritisch: C. Baudenbacher, Suggestivwerbung, S. 153 ff.

42 Botschaft UWG 1942, S. 688.

43 Dazu: C. Baudenbacher, Suggestivwerbung, S. 137 ff.; ders., Funktionale Anwendung, S. 143 ff., vor allem 154.

Diese Auslegungsmethode wird von der Botschaft zum Entwurf 1983 in den Vordergrund gestellt (Botschaft UWG 1983, S. 1039).

44 Botschaft UWG 1983, S. 1058.

45 E. Homburger, Rechtsgrundlagen der Interessenabwägung, S. 73.

46 A.M.: E. Homburger, Funktion des Kartellrechts, S. 344.

47 Botschaft KG 1961, S. 564; vgl. H. Merz, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 246 ff.; vgl. T. Emch, Privates und öffentliches Kartellrecht, S. 98 ff.

48 Botschaft KG 1961, S. 563; H. Merz, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 243.

und verwaltungsrechtlichem Teil zu erreichen⁴⁹, welche die oben umschriebene Doppelspurigkeit verhindert. Dass öffentliche Interessen in die privatrechtliche Interessenabwägung einbezogen werden müssen, ergibt sich aber auch schon aus Art. 5 KG; aus dieser Bestimmung geht hervor, dass ein Kartell öffentliche Interessen zur Rechtfertigung einer Vorkehr geltend machen kann⁵⁰, woraus geschlossen werden muss, dass auch die gegen die Vorkehr des Kartells sprechenden öffentlichen Interessen und darunter auch insbesondere das am Wettbewerb⁵¹ berücksichtigt werden müssen⁵². In diesem Sinne kombinieren also auch die privatrechtlichen Normen des Kartellgesetzes den Individual- mit dem Institutsschutz⁵³. Dabei ist allerdings zu beachten, dass sich das öffentliche Interesse und damit auch der Institutsschutz auf eine exklusiv schweizerische Konzeption des Wettbewerbsbegriffs bezieht⁵⁴, nämlich auf die des eingeschränkt möglichen Wettbewerbs⁵⁵. Danach dürfen die in einer Branche Tätigen zwar den Wettbewerb freiwillig beschränken, Aussenseiter aber nicht am Wettbewerb hindern, sofern dies nicht durch überwiegende private oder öffentliche Interessen gerechtfertigt werden kann⁵⁶.

Damit ist also festzuhalten, dass die privatrechtlichen Normen sowohl des UWG wie auch des KG neben rein privaten auch öffentliche Interessen im Sinne des Institutsschutzes schützen und diese deshalb bei Interessenabwägungen in diesem Bereich zu berücksichtigen sind.

49 E. Homburger, Funktion des Kartellrechts, S. 344, verneint diese Normkongruenz, da er im Sinne der Interessentheorie im Privatrecht ausschliesslich den Schutz privater, im Verwaltungsrecht dagegen nur den der öffentlichen Interessen sieht.

50 H. Merz, Kartellrecht – Instrument der Sozialpolitik, S. 239.

51 E. Homburger, Funktion des Kartellrechts, S. 344, verneint, dass es ein öffentliches Interesse am Wettbewerb gibt: vgl. ders., Kritische Bemerkungen, S. 124 f.; dagegen H. Sieber, Erhebliche Verminderung des Wettbewerbs, S. 126 ff.; Botschaft KG 1981, S. 1310 ff.

52 Vgl. die Ausführungen von W.R. Schluep, Allgemeines Wirtschaftsrecht, S. 597, zur instrumental Interpretation des privaten Kartellrechts.

53 L. Schürmann, Zur neueren Entwicklung der Kartellpolitik, S. 90 f.; H. Dechenaux, L'esprit de la loi fédérale sur les cartels, S. 218 f.

54 In Deutschland und in den USA wird dagegen der funktionierende Wettbewerb angestrebt.

55 Zum Begriff des möglichen Wettbewerbs: Botschaft KG 1961, S. 560; Preisbildungskommission, Bericht, S. 205; H. Merz, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 242 f.; A. Koller, Konzeption des möglichen Wettbewerbs, S. 150 ff.; W.R. Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 151 f.; T. Emch, Privates und öffentliches Kartellrecht, S. 27 ff.

56 In dieser Zulassung der Behinderung und sogar des Ausschlusses von Aussenseitern liegt die Einschränkung des reinen Prinzips des möglichen Wettbewerbs, vgl. W.R. Schluep, Wettbewerbspolitik, S. 155; L. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 287.

§ 2 Durchsetzung des Wettbewerbsrechts

Sollen die materiellrechtlichen Normen des Wettbewerbsrechts gegenüber fehlbaren Wettbewerbern durchgesetzt werden, so muss dies durch die hoheitliche Anordnung von individuell-konkreten Verboten und Geboten geschehen, die in den wirtschaftlichen Ablauf eingreifen. Der schweizerische Gesetzgeber hat nun zum Erlass derartiger Anordnungen sowohl privat- wie auch öffentlich-rechtliche Verfahren zur Verfügung gestellt. Einerseits werden bestimmten betroffenen Personen¹ privatrechtliche Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche zuerkannt², die sie im Zivilprozess durchsetzen können, andererseits werden Behörden von Amts wegen oder auf Antrag hin tätig.

So wird das Kartellgesetz sowohl mit zivilprozessualen wie auch mit verwaltungsrechtlichen Sanktionen durchgesetzt und Verstösse gegen das UWG im zivilrechtlichen, strafrechtlichen und im Bereich der Ausverkaufsordnung auch im verwaltungsrechtlichen Verfahren verfolgt. Bei diesem Sanktionspluralismus steht im Gebiet des UWG sowohl nach der Absicht des Gesetzgebers³ wie auch in der Praxis⁴ die zivilprozessuale Verfolgung eindeutig im Vordergrund. Das strafrechtliche Vorgehen dagegen wird selten gewählt, weil der Bereich der strafbaren Handlungen sowohl vom objektiven wie auch vom subjektiven Tatbestand aus wesentlich enger gezogen ist als der Bereich der zivilrechtlich unlauteren und weil das strafrechtliche Verfahren weniger schnell zu Ergebnissen führt als das zivilprozessuale⁵. Im Bereich der Ausverkaufsordnung dagegen hat sich das Verwaltungsverfahren als sehr effizient erwiesen, so dass Zivilprozesse in jenem Gebiet heute eher selten sind. Beim Kartellrecht, bei dem nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ebenfalls die zivilprozessuale Durchsetzung im Vordergrund stehen sollte⁶, haben sich die Gewichte dagegen zum Teil verschoben; im Verlauf der Anwendung des Kartellgesetzes hat sich das Verwaltungsverfahren quantitativ stärker entwickelt und das zivilprozessuale Verfahren teilweise verdrängt, so dass die beiden Verfahren heute in ihrer praktischen Bedeutung etwa gleich stehen⁷.

Der Gesetzgeber sah die zivilprozessuale Durchsetzung der wettbewerbsrechtlichen Normen vor, weil er berechtigterweise damit rechnete, dass ein Wettbewerber, der durch das Verhalten eines Konkurrenten geschädigt oder zumindest gefährdet ist, bereit ist, das Risiko eines Prozesses auf sich zu nehmen, und dabei Normen zur

1 Zur Legitimation S. 20 ff.

2 Zum Institutsschutz durch die Zuerkennung von privatrechtlichen Ansprüchen: K. Biedenkopf, Rechtsfragen der Konzentration, S. 15; H. Merz, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 243.

3 Botschaft UWG 1942, S. 679.

4 Vgl. das Verhältnis von straf- und zivilrechtlichen Entscheiden in den Mitteilungen, das ungefähr 1:3 beträgt.

5 Vgl. dazu S. 129 f.

6 Botschaft KG 1961, S. 575; dies hängt mit der von H. Merz, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 236, beschriebenen Abneigung gegen Behördenapparate zusammen.

7 Vgl. L. Schürmann, Zur neueren Entwicklung der Kartellpolitik, S. 77.

Durchsetzung verhilft, die nicht allein seine Gefährdung abwenden, sondern auch den wirtschaftlichen Koordinationsprozess schützen oder wiederherstellen sollen⁸. Diese Ausnützung der Privatinitiative zur Durchsetzung öffentlicher Interessen⁹ entspricht an und für sich der Grundidee der wirtschaftlichen Koordination durch Wettbewerb¹⁰, denn diese basiert ebenfalls darauf, dass der einzelne durch Handeln aus eigenem Interesse (Gewinnmotivation) zu einem Ziel beiträgt, das im öffentlichen Interesse liegt (Wohlfahrtsförderung)¹¹.

Die zivilprozessuale Durchsetzung ist für den Staat auch wesentlich billiger als die verwaltungsrechtliche, da bei ihr die Privaten den grössten Teil der Kosten tragen¹². Ausserdem ist sie auch effizient, da die meisten Betroffenen schnell reagieren und sofort ein Verfahren einleiten, um weitere Schädigungen zu verhindern, und damit den betreffenden Normen zur Durchsetzung verhelfen.

Trotz dieser grundsätzlich positiven Wertung der zivilprozessualen Durchsetzung sollte bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstössen nicht allein auf diese Verfahrensart abgestellt werden. Bei gewissen Wettbewerbsrechtsverletzungen finden sich nämlich aufgrund der heutigen Regelung der Aktivlegitimation¹³ oder des unverhältnismässig grossen Kostenrisikos kaum je Kläger¹⁴. Insbesondere fällt auf, dass heute im Bereich der konsumentenschädigenden Wettbewerbshandlungen sehr oft kein zivilprozessuales Verfahren eingeleitet wird¹⁵. Sind, wie im Wettbewerbsrecht, öffentliche Interessen Schutzobjekt eines Gesetzes, so darf die Durchsetzung nicht allein vom Klagewillen der in ihren privaten Interessen Betroffenen abhängen. Deshalb wäre es auch im Bereiche des UWG durchaus gerechtfertigt, in einem weiteren Rahmen als allein im Bereich der Ausverkaufsordnung ein Vorgehen von Amts wegen vorzusehen¹⁶, da es auch ausserhalb der Ausverkaufsordnung Konstellationen gibt, bei denen sich kein Kläger findet¹⁷. Daher sieht der Entwurf zur Revision des UWG von 1983 auch ein Klagerecht des Bundes vor, wenn durch die betreffende unlautere Handlung öffentliche Interessen betroffen werden und sich kein privater Kläger findet¹⁸.

8 H. Merz, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 243; W.S. Grimes, Control of advertising, S. 1799 f.

9 C. Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung, S. 346, betrachtet den klagenden Privaten als "Funktionär des Instituts".

10 H.-M. Müller-Laub, Privater Rechtsschutz, S. 11. Sie entspricht auch der schweizerischen Abneigung gegen Behördenapparate; H. Merz, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 236 f.

11 E. Gellhorn, Antitrust Law and Economics, S. 47; H.-M. Müller-Laub, Privater Rechtsschutz, S. 11; W.S. Grimes, Control of advertising, S. 1799.

12 W.S. Grimes, Control of advertising, S. 1800.

13 Dazu S. 20 ff.

14 Botschaft KG 1961, S. 599. Vgl. H. Merz, Kartellrecht – Instrument der Wirtschaftspolitik, S. 246 ff.

15 C. Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung, S. 345.

16 L. David, Werberecht, S. 403; vgl. W.R. Schluep, Vom lauten zum freien Wettbewerb, S. 64, der allerdings auf die Kundenklage als Korrektiv hinweist. Gerade diese spielt in der Schweiz aber wegen der restriktiven Gestaltung der Aktivlegitimation nicht (siehe S. 22 ff.); vgl. den Vorschlag von C. Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung, S. 350.

17 Vgl. W.S. Grimes, Control of advertising, S. 1800; Corrective Advertising, S. 485.

18 Entwurf UWG 1983 Art. 11; Botschaft UWG 1983, S. 1079, 1053.

§ 3 Problematik des zivilrechtlichen Rechtsschutzes

I. Die Schadenersatzklage im Wettbewerbsrecht

Die zivilprozessuale Durchsetzung des Wettbewerbsrechts wird dadurch ermöglicht, dass gewissen geschädigten und gefährdeten Rechtssubjekten¹ klagbare Schadenersatz-, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche zuerkannt werden.

Der Schadenersatzanspruch kann als Ersatzanspruch prinzipiell nur Privatinteressen schützen²: Indem eine erlittene Schädigung nachträglich, soweit sie in Geld quantifizierbar ist, durch eine Geldleistung ausgeglichen wird, kann das Institut des Wettbewerbs nicht geschützt werden, weil eine derartige Zahlung nichts daran ändert, dass der Wettbewerb zumindest für die Dauer der rechtswidrigen Handlung beschränkt oder verfälscht wurde. Auch die sekundäre präventiv-abschreckende Wirkung des Schadenersatzanspruches darf nicht überschätzt werden, da, wie im folgenden noch zu zeigen ist, der Schadenersatzanspruch nur schwer zu realisieren ist und überdies durch den mit der rechtswidrigen Handlung erreichten Gewinn oft mehr als aufgewogen wird³. Der Wettbewerb als Institut kann nur wirksam geschützt werden, wenn die unlauteren oder kartellrechtswidrigen Handlungen verboten und ihre Wirkungen beseitigt werden⁴, d.h. wenn die wettbewerbsrechtlichen Realansprüche durchgesetzt werden.

Im Bereich des Wettbewerbsrechts kann der Schadenersatzanspruch aber nicht einmal die privaten Interessen wirksam schützen, da seine Durchsetzung meist am Nachweis der Schadenshöhe und des adäquaten Kausalzusammenhangs scheitert⁵. Das betriebswirtschaftliche Gesamtergebnis eines Wettbewerbers wird in einer gegebenen Periode von einer grossen Zahl positiver und negativer Faktoren beeinflusst⁶. Einige der schädigenden Faktoren lassen sich als Wettbewerbshandlungen der Konkurrenten charakterisieren. Da die Schädigung durch Konkurrenten aber wettbewerbsimmanent ist⁷, kann nur ein Teil dieser schädigenden Handlungen als widerrechtlich im Sinne des Kartellgesetzes oder des UWG qualifiziert werden. Um den Schaden zu beweisen, muss der Geschädigte daher die durch die betreffende widerrechtliche Handlung verursachte einzelne Schädigung aus dem von allen

1 Zur Aktivlegitimation S. 20 ff.

2 Sekundär kann er zum Teil auch den Wettbewerb schützen, da er abschreckend wirken kann.

3 U. Krieger, Dringlichkeit, S. 171; C. Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung, S. 347, stellt die Behauptung auf, dass bei der heutigen Praxis unlauterer Wettbewerb immer gewinnbringend sei.

4 K. Piehler, Einstweilige Verfügung, S. 219.

5 Private Treble Damage, S. 1586; Pastor bei Reimer, S. 234 ff.; U. Krieger, Dringlichkeit, S. 170 f.; C. Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung, S. 347; zu diesem Ergebnis kam auch eine vom Max-Planck-Institut durchgeführte empirische Untersuchung. Ergebnis bei R. von Falckenstein, Verbraucherverbandsklage, S. 507.

6 Vgl. Entscheid des ER am HG ZH vom 14. Januar 1982 i.S. Denner AG gegen Bierbrauerverein (nicht veröffentlicht).

7 Vgl. S. 2.

erfolgsrelevanten Faktoren beeinflussten Gesamtergebnis genau ausscheiden⁸. Eine derartige Berechnung ist nun aber nach heutigen betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen in den meisten Fällen unmöglich, da ausser den betrieblichen Kosten, die in einer Kostenstellenrechnung erfasst werden, einzelne erfolgsrelevante Faktoren nicht exakt quantifiziert werden können⁹. Daher ergibt sich bei der wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzklage für den Geschädigten meist das Problem, dass bei einer bestimmten schädigenden Handlung nach allgemeiner Geschäftserfahrung zwar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass ein Schaden entstanden ist, dass dieser aber auch nicht annähernd ziffernmässig bestimmt werden kann¹⁰. Dabei hilft dem Kläger die Möglichkeit einer Schätzung der Schadenshöhe nach Art. 42 Abs. II OR in der Regel wenig, da die schweizerischen Gerichte in der Anwendung dieser Vorschrift sehr zurückhaltend sind¹¹ und eine genaue Darlegung der Schätzungsgrundlagen verlangen. Wegen dieser Beweisschwierigkeiten führt die Schadenersatzklage im Wettbewerbsrecht meist nicht zum Ausgleich des entstandenen Schadens¹² und kann damit auch zwischen den Interessen der direkt beteiligten Wettbewerber keinen befriedigenden Ausgleich herbeiführen.

II. Die Diskrepanz zwischen der Prozessdauer und der Geschwindigkeit des wirtschaftlichen Handlungsablaufs

Erlässt der Richter ein wettbewerbsrechtliches Unterlassungs- oder Beseitigungs-urteil, so greift er direkt in den Wirtschaftsablauf ein. Damit ein solcher Eingriff zum Schutze öffentlicher oder privater Interessen überhaupt wirkungsvoll ist, muss er grundsätzlich noch vor dem Abschluss des betreffenden Wirtschaftsvorgangs, den

8 Arrêt de la Cour de Justice GE vom 1. Oktober 1963 (Mitteilungen 1967, S. 146 ff.); vgl. dagegen die Praxis in den USA, die sich prinzipiell damit begnügt, dass der Kläger genügend Anhaltspunkte für eine Schädigung zur Verfügung stellt; dazu L.A. Sullivan, *Law of Antitrust*, S. 785 f.; *Private Treble Damage*, S. 1572.

9 Vgl. Urteil des HG ZH vom 8. Oktober 1943 (ZR 43 [1944] Nr. 217); Urteil des HG ZH vom 18. Januar 1946 (ZR 45 [1946] Nr. 200).

10 W.L. Pastor, *Wettbewerbsprozess*, S. 1004, führt aus: "Dass im Wirtschaftsleben durch einen Wettbewerbsverstoss dem Betroffenen ein Schaden entsteht, ist so gut wie sicher, ihn zu beziffern ist jedoch schon sehr schwierig, ihn zu beweisen dagegen so gut wie unmöglich." – Vgl. Entscheid des ER des BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 218 ff., vor allem 226); Entscheid des ER am HR ZH vom 14. Januar 1982 i.S. Denner gegen Bierbrauerverein (unveröffentlicht); Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 9. Juni 1977 (Mitteilungen 1977, S. 178 ff.); vgl. Entscheid des ER am BezG Zürich vom 1. Oktober 1968 (VKK 1969, S. 313 ff., vor allem 323); vgl. auch C. Baudenbacher, *Probleme der Rechtsverfolgung*, S. 347.

11 C. Baudenbacher, *Probleme der Rechtsverfolgung*, S. 347; B. von Büren, *Kommentar*, S. 174 ff., mit Kasuistik; O.A. Germann, *Unlauterer Wettbewerb*, S. 324.

12 C. Baudenbacher, *Probleme der Rechtsverfolgung*, S. 347.

er beeinflussen soll, ergehen¹³. Da, wie im vorherigen Paragraphen gezeigt, eine spätere Korrektur durch Schadenersatz zur Realisierung des Institutsschutzes grundsätzlich nichts beitragen kann und auch für den Schutz privater Interessen wenig tauglich ist, ergibt sich somit die Forderung, dass dieser Eingriff möglichst frühzeitig erfolgt¹⁴. *B. von Büren* macht deshalb die Bemerkung, dass es sich nirgends mehr als im Wettbewerbsprozess darum handle, schnell zu sein¹⁵.

Nun stellt sich die Frage, ob das ordentliche Verfahren von seiner Ausgestaltung her überhaupt dazu geeignet ist, innert nützlicher Frist zur Durchsetzung dieser Ansprüche zu führen. Wie *S.S. Nagel* in seiner allgemeinen Analyse der Verfahrensdauer darlegt, setzt sich die totale Verfahrensdauer aus der Wartezeit und der echten Bearbeitungszeit zusammen¹⁶, wobei diese Zeiten für jede bis zum formell rechtskräftigen und damit vollstreckbaren Urteil zu durchlaufende Instanz einzeln berechnet und die einzelnen Instanzzeiten schliesslich addiert werden müssen. Während die Wartezeit durch die Zahl der anstehenden Verfahren und die gesamte durchschnittliche Bearbeitungsgeschwindigkeit bestimmt wird¹⁷, wird die Bearbeitungsdauer vor allem durch die Komplexität der zu lösenden Rechts- und Sachfragen beeinflusst¹⁸. Aufgrund dieser Faktoren und des Umstandes, dass beim UWG meist drei und beim Kartellrecht zwei Instanzen zu durchlaufen sind, kann gesagt werden, dass der ordentliche Wettbewerbsprozess meist nicht genügend schnell zu einem rechtskräftigen Entscheid führt, um noch innert nützlicher Frist in den wirtschaftlichen Handlungsablauf einzugreifen. Diese Feststellung wird auch durch die Untersuchung der durchschnittlichen Dauer von Kartellverfahren, die zwischen zwei und drei Jahren liegt, bestätigt¹⁹. In gewissen Fällen ist die betreffende Wettbewerbshandlung bis zum Vorliegen des Endentscheides schon beendet, während bei Dauerhandlungen bereits ein grosser Schaden entstanden ist²⁰.

Besonders krass ist die BGE 57 II 334 zugrundeliegende Situation, wo der Kläger, der Rechtsschutz gegen einen Boykott verlangte, zum Zeitpunkt der bundesgerichtlichen Entscheidung bereits in Konkurs geraten war.

Damit kann also das ordentliche Verfahren weder die öffentlichen Interessen (Institutsschutz) noch die privaten (Individualschutz) befriedigend schützen. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer dem ordentlichen Verfahren vorgelagerten Durchsetzung der wettbewerbsrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche²¹.

13 Zur Problematik der rechtlichen Regelung des dynamischen Wettbewerbsablaufs: *R. Lukas*, Zum Verständnis des Wettbewerbs, S. 217.

14 *R. Klaka*, *Praxis*, S. 594; *W. Hadding*, *Einstweilige Verfügung*, S. 1.

15 *B. von Büren*, *Kommentar*, S. 204.

16 *S.S. Nagel*, *Predicting and reducing court-case time*, S. 110 (Gleichung 1).

17 *S.S. Nagel*, *Predicting and reducing court-case time*, S. 110 (Gleichung 2).

18 Vgl. *S.S. Nagel*, *Predicting and reducing court-case time*, S. 107 (detaillierte Berechnungsgrundlagen für strafrechtliche Fälle).

19 Vgl. *A. Gloor*, *Vorsorgliche Massnahmen*, S. 6.

20 *U. Krieger*, *Dringlichkeit*, S. 170 f.; *A. Gloor*, *Vorsorgliche Massnahmen*, S. 7.

21 Vgl. schon die Erläuterungen des BIGA zum Entwurf der Expertenkommission zu einem Gesetz über den unzulässigen Wettbewerb, S. 23 (bei *Meier-Wild*, *Vorsorgliche Massnahme*, S. 177).

§ 4 Funktion und Ziel der vorsorglichen Massnahme

Wie in § 3 festgestellt, muss zum wirksamen Schutz öffentlicher und privater Interessen ein Verfahren bestehen, das es ermöglicht, wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche vor der Beendigung des ordentlichen Verfahrens durchzusetzen. Diese Aufgabe erfüllt im Bereiche des Wettbewerbsrechts die vorsorgliche Massnahme; durch den Massnahmeentscheid werden die wettbewerbsrechtlichen Realansprüche provisorisch bis zum Entscheid im ordentlichen Verfahren durchgesetzt.

Im Massnahmeverfahren muss aber auch für die Fälle eine faktisch definitive Entscheidung getroffen werden, bei denen ein ordentliches Verfahren zur Durchsetzung der Realansprüche aus zeitlichen Gründen nicht durchgeführt werden kann, weil die betreffenden Wettbewerbshandlungen in dem Sinne zeitgebunden sind, dass sie nur zu einem Zeitpunkt vor einem ordentlichen Urteil ausgeführt, später aber nicht mehr wiederholt werden können¹.

Damit hat die vorsorgliche Massnahme im Wettbewerbsrecht eine doppelte Funktion; einerseits soll sie dazu dienen, die wettbewerbsrechtlichen Realansprüche vorläufig durchzusetzen, andererseits muss sie aber auch bei zeitgebundenen Wettbewerbsverstössen eine unter dem Vorbehalt späterer Ersatzansprüche faktisch definitive Regelung treffen. Die in Art. 9 Abs. I UWG an erster Stelle erwähnte Funktion der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes kann sie dagegen normalerweise nicht erfüllen², weil das Wettbewerbsrecht nicht einen Zustand ordnet, sondern einen dynamischen Handlungsablauf regelt³.

Ziel der vorsorglichen Massnahme muss dabei nach *J. Leubsdorf*⁴ sein, den irreparablen Schaden, der durch den Zeitablauf bis zum Ende des ordentlichen Verfahrens entstehen kann, möglichst klein zu halten. Dabei ist sowohl der beim Antragsteller im Falle der Nichtgewährung wie auch der beim Antragsgegner im Falle der Gewährung einer Massnahme entstehende Schaden zu beachten⁵. Dieses Ziel gilt auch für die bei zeitgebundenen Verstössen notwendigerweise faktisch

1 Zu diesem Begriff mit Beispielen S. 179 f.; vgl. *Developments of the Law-Injunctions*, S. 1058 f. Derartige Situationen treten auch in anderen Rechtsbereichen auf; vgl. den in *Harvard Law Rev.* 77 (1964) S. 1539 ff. erwähnten Fall, wo der Richter entscheiden musste, ob eine lebensnotwendige Bluttransfusion vorzunehmen sei; vgl. die dem Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 26. Januar 1977 (VKK 1977, S. 242 ff.) zugrundeliegende Situation: Ein Landmaschinenverkäufer verlangt im Massnahmeverfahren zu einer in wenigen Wochen stattfindenden Messe zugelassen zu werden; vgl. Verfügung des ER am BezG Zürich vom 17. Juni 1959 (erwähnt in: ZR 60 [1961] Nr. 67: Verbot, einen Apparat an einer Messe auszustellen).

2 Vgl. *J. Leubsdorf*, *The Standard*, S. 546; vgl. dazu auch S. 106 f.

3 R. Lukes, *Zum Verständnis des Wettbewerbs*, S. 217; zur Dynamik: *J.M. Clark*, *Competition*, S. 471 ff.

4 *J. Leubsdorf*, *Standard*, S. 540 f.

5 Diese Maxime tauchte schon vorher immer wieder in der amerikanischen und englischen Praxis auf. Vgl. *P. Prescott*, *Note on American Cyanamid v. Ethicon Ltd.*, S. 169.

definitiven Entscheidungen⁶; das ordentliche Verfahren findet dort allerdings in Form eines reinen Schadenersatzprozesses statt.

Der Umstand, dass nur der irreparable Schaden, d.h. derjenige, der auch durch ein für den Betroffenen positives Urteil nicht mehr wiedergutzumachen ist, auf ein Minimum reduziert werden soll, scheint die hier vertretene Meinung von der Ansicht von *I. Meier* grundsätzlich zu unterscheiden, da dieser das Ziel der vorsorglichen Massnahme dahingehend definiert, dass alle durch Zeitablauf auftretenden Schäden zu verhindern oder, wo dies nicht möglich ist, wenigstens zu vermindern seien⁷.

Dieser Unterschied beschränkt sich bei näherer Betrachtung aber auf die Verschiedenheit der Ausgangspunkte, da *I. Meier* zwar vom gesamten Schaden ausgeht, die irreparable Schädigung der Parteien in der für den Massnahmeerlass entscheidenden Interessenabwägung aber wesentlich stärker gewichtet als den reparablen, was dazu führt, dass durch den Massnahmeerlass vor allem der irreparable Schaden möglichst klein gehalten wird⁸. Überdies ist auch festzustellen, dass die möglichen Schäden im Bereich des Wettbewerbsrechts, wie hinten noch eingehender zu zeigen ist, meistens irreparabel sind. Die ausdrückliche Beschränkung auf den irreparablen bzw. nicht leicht wiedergutzumachenden Schaden erfolgt, weil bei der Berücksichtigung auch reparabler Schäden dem ordentlichen Verfahren unnötig vorgegriffen wird, was, wie hinten⁹ noch eingehender zu zeigen ist, dazu führen kann, dass nach der Durchführung des ordentlichen Verfahrens grössere Schäden vorhanden sind als bei der alleinigen Beachtung des irreparablen Schadens im Massnahmeverfahren. Zudem ergibt sich auch aus der verfassungskonformen Auslegung von Art. 9 Abs. II UWG, dass es Ziel des Gesetzgebers war, mit den Vorschriften über die vorsorgliche Massnahme nur die durch Zeitablauf entstehenden irreparablen Schäden zu vermindern¹⁰.

6 Vgl. Developments of the Law – Injunctions, S. 1058 f.

7 *I. Meier*, Grundlagen, S. 213 f.

8 *I. Meier*, Grundlagen, S. 236.

9 S. 69 ff.; *J. Leubsdorf*, Standard, S. 541.

10 Dazu: S. 70.

2. KAPITEL

Die Ausgestaltung der vorsorglichen Massnahme im schweizerischen Wettbewerbsrecht

§ 1 Die gesetzliche Grundlage

I. Die bundesrechtliche Regelung

Bei den Vorarbeiten zum UWG wurde bereits die vorne dargestellte Problematik des lauterkeitsrechtlichen Schadenersatzanspruches und damit auch die Notwendigkeit einer raschen provisorischen Durchsetzung der Realansprüche erkannt. Daher sah schon der Entwurf von 1934 in Anlehnung an früher erlassene Gesetze im Bereiche des Immaterialgüterrechts¹ eine bundesrechtliche Regelung der vorsorglichen Massnahme vor². Entscheidender Anstoss für die Einführung dieser Bestimmungen war auch die damalige Unzulänglichkeit der kantonalen Zivilprozessordnungen, von denen nur wenige einen wirksamen einstweiligen Rechtsschutz kannten³. Obwohl sich 1943⁴ bei den Beratungen im Ständerat eine starke Opposition gegen die Bestimmungen über die vorsorgliche Massnahme regte⁵ und auch Stimmen auftraten, die die Verfassungsmässigkeit dieser Normen bestritten⁶, wurden sie in das UWG aufgenommen. Auch beim Kartellgesetz erkannte der Gesetzgeber das Bedürfnis nach einer schnellen Durchsetzung der Realansprüche und damit die Notwendigkeit der vorsorglichen Massnahme⁷. Dabei stellte er aber nicht besondere Normen über den einstweiligen Rechtsschutz im kartellrechtlichen Bereich auf, sondern begnügte sich mit einem Verweis auf die Regelung im UWG; diese ist daher für kartellrechtliche Ansprüche gemäss Art. 10 und 16 KG sinngemäss anwendbar⁸.

Momentan befinden sich beide Gesetze in Revision, wobei das KG bereits in der parlamentarischen Beratung ist, während zum UWG gerade erst Entwurf und Botschaft erschienen sind. Ziel der Revisionsbemühungen ist die Verbesserung oder wenigstens die Neuformulierung der materiellrechtlichen Bestimmungen; im KG

1 Vgl. die Darstellung dieser Bestimmungen bei H.P. Ming, Vorsorgliche Massnahme, S. 10 ff.

2 Botschaft UWG 1934, S. 543 ff.

3 Botschaft UWG 1934, S. 519; E. Steiner, Vorsorgliche Verfügungen, S. 26 f.; vgl. H. Fritzsche, Gutachten; Votum Haefelin, Sten.Bull. StR 1943, S. 66.

4 Bei den Beratungen über den Entwurf von 1934 dagegen regte sich keine Opposition gegen diese Bestimmungen (vgl. Votum Haefelin, Sten.Bull. StR 1943, S. 66).

5 Vgl. den Antrag der Minderheit, die Regelung den Kantonen zu überlassen, Sten.Bull. StR 1943, S. 66.

6 Vgl. Votum Evéquoz, Sten.Bull. StR 1943, S. 67 f., zur Gegenposition Votum Haefelin, Sten.Bull. StR 1943, S. 67, und Votum Stampfli, Sten.Bull. StR 1943, S. 68 f.

7 Botschaft KG 1961, S. 590.

8 Botschaft KG 1961, S. 590.

wird auch noch die Neuordnung des Verwaltungsverfahrens angestrebt. Die jetzigen Bestimmungen über den einstweiligen Rechtsschutz werden dabei inhaltlich aber nicht in Frage gestellt und, wie bis jetzt sichtbar ist, materiell auch nicht verändert. Das KG wird weiterhin auf das UWG verweisen⁹. Das UWG wird allerdings selbst keine Vorschriften mehr über die vorsorgliche Massnahme enthalten, sondern seinerseits auf Art. 28c–f ZGB¹⁰ verweisen¹¹. Diese Regeln stimmen aber inhaltlich völlig mit dem heute geltenden Recht überein¹². Da die heutige Regelung der vorsorglichen Massnahme jedoch nicht in allen Belangen befriedigend ist, wird im Anhang dieser Dissertation ein Gegenvorschlag des Verfassers aufgeführt, welcher der in dieser Arbeit geübten Kritik Rechnung trägt.

Der Frage, ob die bundesrechtliche Regelung der vorsorglichen Massnahme im Lichte der von Art. 64 Abs. III BV vorgenommenen Kompetenzaufteilung verfassungsgemäss oder verfassungswidrig sei¹³, soll hier nicht weiter nachgegangen werden¹⁴, weil sie keine praktische Bedeutung hat, da gemäss Art. 113 Abs. III BV Bundesgesetze ohne Rücksicht auf ihre Kompetenzmässigkeit angewendet werden müssen¹⁵.

II. Das Verhältnis zwischen der bundesrechtlichen Regelung und dem kantonalen Prozessrecht

Nach einem Teil der Lehre¹⁶ und der kantonalen Praxis¹⁷ werden die bundesrechtlichen Vorschriften über die vorsorgliche Massnahme im Sinne eines Minimalstandards ausgelegt, neben dem weitergehende kantonale Vorschriften noch Geltung haben. Danach soll die Anwendung von kantonalen Normen, die die Erlangung des vorsorglichen Rechtsschutzes im Vergleich zu den bundesrechtlichen Vorschriften für den Antragsteller erschweren, ausgeschlossen sein. Normen aber, die den Erlass der vorsorglichen Massnahme erleichtern, weil sie weniger strenge Voraussetzungen aufstellen, sollen hingegen anwendbar sein¹⁸. Diese Ansicht kann durch die historische Auslegung der bundesrechtlichen Bestimmungen nicht gestützt werden; weder die Botschaft zum Entwurf von 1934 noch jene zum Entwurf von

9 Botschaft KG 1981, S. 1346.

10 In der Fassung des Entwurfes zur Revision des Persönlichkeitsschutzes, vgl. Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 665 f.

11 Botschaft UWG 1983, S. 1082.

12 Botschaft UWG 1983, S. 1082.

13 Dieses Problem ist eng verbunden mit der Frage, ob der einstweilige Rechtsschutz dem materiellen Privatrecht oder dem Prozessrecht zuzuordnen ist. I. Meier, Grundlagen, S. 90 ff.

14 Vgl. dazu H.P. Ming, Vorsorgliche Massnahme, S. 14.

15 Y. Hangartner, Grundzüge I, S. 68.

16 H.P. Ming, Vorsorgliche Massnahme, S. 8; vgl. H. Ziegler, Vorsorgliche Massnahme, S. 24 f.; Blum/Pedrazzini, N. 1 zu Art. 77 PatG.

17 Entscheid des KG des Kt. ZH vom 13. Januar 1966 (ZR 65 [1966] Nr. 122); J. Müller, Zur einstweiligen Verfügung, S. 33.

18 Vgl. Entscheid des KG des Kt. ZH vom 13. Januar 1966 (ZR 65 [1966] Nr. 122).

1942 geben Hinweise darauf, dass die Vorschriften über die vorsorgliche Massnahme nur einen Minimalstandard festlegen sollen. Eine derartige Äusserung wäre aber zur Stützung der vorne dargestellten Ansicht nötig¹⁹, weil gegenüber kantonalem Recht nachgiebiges Bundesrecht eine Ausnahme von der Regel der absoluten derogatorischen Kraft des Bundesrechts²⁰ darstellt²¹. Die Verhandlungen im Ständerat bestärken überdies die hier vertretene Ansicht, dass nach dem Willen des Gesetzgebers den Art. 9 ff. UWG absolute derogatorische Kraft zukommt: Ein Antrag der Kommissionsminderheit²², der darauf abzielte, die Regelung der vorsorglichen Massnahme prinzipiell in die Kompetenz der Kantone zu stellen, und eine bundesrechtliche Normierung im Sinne eines Minimalstandards nur für den Fall vorsah, dass ein Kanton ungenügende Regeln aufstellte, wurde klar abgelehnt. Demgegenüber kann die Botschaft UWG 1942, welche zum Inhalt der vorsorglichen Massnahme ausführt, dass kantonale vorsorgliche Massnahmen, welche weiter gehen als die in Art. 9 Abs. I UWG umschriebenen, zulässig sind²³, m.E. nicht zur Stützung der vorne erwähnten These zugezogen werden. Einerseits hat die klare Meinungsäusserung des Gesetzgebers den Vorrang gegenüber einer Aussage in der Botschaft, andererseits bezieht sich die Botschaft nur auf den Inhalt der vorsorglichen Massnahme, nicht aber auf die Voraussetzungen für ihren Erlass²⁴.

Auch aufgrund teleologischer Auslegung muss die oben beschriebene Ansicht abgelehnt werden: Der Antragsteller würde dadurch, dass kantonale Vorschriften, die den Erlass vorsorglicher Massnahmen erleichtern, zur Anwendung kommen, solche, die den Erlass erschweren, dagegen nicht angewendet werden dürfen, gegenüber dem Antragsgegner einseitig stark bevorzugt. Dies widerspricht aber dem Ziel des Gesetzgebers, mit der bundesrechtlichen Regelung einen Interessenausgleich zwischen Antragsteller und Antragsgegner zu erreichen. Der Gesetzgeber wollte mit den Vorschriften über die vorsorgliche Massnahme den Antragsteller nämlich nicht einseitig bevorzugen, sondern durch die Gestaltung der Voraussetzungen für den Massnahmeerlass und der Haftung für materiell falsche vorsorgliche Massnahmen die Interessen aller Beteiligten in gleicher Weise berücksichtigen²⁵. Daher ist also die vorne dargestellte Ansicht abzulehnen und daran festzuhalten, dass die Vorschriften des UWG über die vorsorgliche Massnahme absolut derogatorische Kraft

19 A. Meier-Hayoz, Einleitungsartikel, S. 159.

20 Vgl. Art. 3 BV, Art. 2 Uebest. BV; Y. Hangartner, Grundzüge I, S. 67 f.

21 Allgemein zu derartigen Ausnahmen: A. Meier-Hayoz, Einleitungsartikel, S. 158; M. Jagmetti, Vorbehaltenes kantonales Privatrecht, S. 242 f.

22 Sten.Bull. StR 1943, S. 66, dazu Votum Evéquo, S. 67 ff.

23 Botschaft UWG 1942, S. 706: "Die Aufzählung erfolgt nur beispielsweise und ist keine vollständige. Wo das kantonale Zivilprozessrecht noch weitergehende Arten von vorsorglichen Massnahmen vorsieht, bleiben diese vorbehalten ..."

24 Wie hinten, S. 102 ff., noch zu zeigen ist, besteht bei richtiger Betrachtung zwar ein enger Zusammenhang zwischen dem Inhalt einer vorsorglichen Massnahme und ihrem Erlass. Die Botschaft UWG 1942 ging aber, damals der herrschenden Lehre folgend, davon aus, dass die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen von deren Inhalt streng zu unterscheiden sind.

25 BGE 94 I 11 (PatG); vgl. BGE 99 II 347.

haben und auch die Anwendung kantonalen Normen ausschliessen, die den Massnahmeerlass erleichtern²⁶.

Das Bundesgericht hatte bis anhin noch nie Gelegenheit, sich über das Verhältnis von kantonalem Recht und Bundesrecht in bezug auf die Voraussetzungen des Massnahmeerlasses auszusprechen²⁷. In BGE 103 II 69 f. dagegen konnte es sich zur Frage äussern, ob die in Art. 12 Abs. I UWG vorgesehene Fristansetzung für die Hauptklage zwingend sei oder ob diese gestützt auf kantonales Recht auch weggelassen werden könne. Die Argumentation des Bundesgerichts, mit der es den zwingenden Charakter von Art. 12 Abs. I UWG begründete, basierte darauf, dass diese Vorschrift dem Schutze des Antragsgegners diene und daher nach Art. 2 Uebest. BV kantonalem Zivilprozessrecht vorgehe, weil dieses den Schutz des Antragsgegners nicht einschränken dürfe²⁸. Diese Argumentation kann aber auch auf die Begründung des für die Kantone bindenden Charakters der Vorschriften über die Voraussetzungen des Massnahmeerlasses übertragen werden, da deren Formulierung ebenfalls dem Schutz des Antragsgegners dient.

Die vorsorgliche Massnahme ist im UWG aber nicht abschliessend geregelt; bezüglich des Verfahrens wird beispielsweise in Art. 9 Abs. III UWG nur die Regel aufgestellt, dass dem Antragsgegner das rechtliche Gehör zu gewähren ist. In diesen Bereichen, in denen die bundesrechtliche Regelung Lücken aufweist, muss gemäss Art. 11 Abs. II UWG das kantonale Prozessrecht ergänzend angewendet werden²⁹. In diesem Zusammenhang stellt sich natürlich die Frage, inwieweit das Bundesrecht Lücken aufweist. Dabei ist insbesondere umstritten, ob das Bundesrecht auch den Inhalt und die Abänderung vorsorglicher Massnahmen abschliessend regelt. Bezüglich des Inhalts ist festzustellen, dass das Bundesrecht einerseits die vorläufige Vollstreckung auf Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche beschränkt, andererseits aber die Gestaltung des Inhalts in das Ermessen des Richters stellt³⁰. Damit ist die bundesrechtliche Regelung der Inhaltsgestaltung abschliessend, da in dem Bereich, der ausserhalb der vorläufigen Vollstreckung liegt, keine weitergehenden kantonalen Vorschriften mehr denkbar sind und der vom Bundesrecht zugestandene Ermessensspielraum vom kantonalen Recht nicht eingeschränkt werden darf. Da die Abänderung der vorsorglichen Massnahme je nach der Art der Abänderung als Erlass einer anderen Massnahme oder aber als teilweise Aufhebung der betreffenden Massnahmen betrachtet werden muss, wird sie grundsätzlich durch die Normen über die Voraussetzungen zum Erlass bzw. zur Aufhebung vorsorglicher Massnahmen

26 J. Müller, Zur einstweiligen Verfügung, S. 33; J. Voyaume, *Droit privé fédéral*, S. 167; F. Hasenböhler, *Die provisorische Verfügung*, S. 11.

27 Vgl. immerhin BGE 69 II 122 (URG), wo es an der derogatorischen Kraft der bundesrechtlichen Regeln über vorsorgliche Massnahmen im URG festhielt, und BGE vom 18. April 1968 i.S. M. & Co. Inc. gegen C.F.B. & Söhne GmbH und C. AG (Mitteilungen 1969, S. 54 ff.), wo diese Frage für das PatG in einem obiter dictum behandelt wurde.

28 Vor allem S. 71 des obengenannten BGE.

29 A. Troller, *Immaterialgüterrecht II*, S. 1208; vgl. J. Müller, *Zur einstweiligen Verfügung*, S. 33; J. Voyaume, *Droit privé fédéral*, S. 166.

30 Dazu: S. 97 f.

geregelt³¹. Diese Voraussetzungen sind, wie vorne gezeigt, nach dem Willen des Gesetzgebers durch das Bundesrecht abschliessend geregelt. Daher ist also auch die Abänderung der vorsorglichen Massnahme vom Bundesrecht abschliessend geregelt; ein Anspruch auf Abänderung besteht deshalb, wenn einer der Beteiligten nach Bundesrecht einen Anspruch auf Aufhebung der bestehenden Massnahme oder auf Erlass einer anderen Massnahme hat, weil bezüglich der Voraussetzungen zum Massnahmeerlass ein anderer Erkenntnisstand als beim Erlass der ursprünglichen Massnahme besteht.

Zusammenfassend kann also über das Verhältnis von bundesrechtlichem und kantonalem Prozessrecht im Bereiche der wettbewerbsrechtlichen vorsorglichen Massnahmen gesagt werden, dass die bundesrechtliche Regelung absolut derogatorische Kraft aufweist, dass sie aber nicht abschliessend ist und damit ergänzend kantonales Recht zur Anwendung kommen kann, wo das Bundesrecht eine Frage offenlässt³².

31 I. Meier, Grundlagen, S. 309.

32 Vgl. auch Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 665 f.

§ 2 Aktiv- und Passivlegitimation

Prozessual betrachtet, kann die Aktivlegitimation als Berechtigung, einen bestimmten Anspruch im eigenen Namen geltend zu machen, umschrieben werden, während die Passivlegitimation bei den Personen vorliegt, die als Beklagte ins Recht gefasst werden können¹. Aus dieser Umschreibung wird klar, dass Aktiv- und Passivlegitimation materiellrechtliche Institute sind und sich mit der Anspruchsgläubigerschaft bzw. der Anspruchsschuldnerschaft decken². Daher gelten die Normen, welche die Aktiv- und Passivlegitimation für das ordentliche Verfahren regeln, grundsätzlich auch für das Massnahmeverfahren, da dem Massnahmeverfahren dieselben materiellen Ansprüche zugrunde liegen wie dem ordentlichen Verfahren. Dieser an sich selbstverständliche Grundsatz wird in Art. 9 Abs. I UWG, der bestimmt, dass jeder zur Klage Befugte auch zum Massnahmeantrag berechtigt ist, noch ausdrücklich festgehalten³. Im Rahmen des Massnahmeverfahrens ist die Legitimation allerdings, wie der gesamte Verfügungsanspruch, bezüglich ihrer tatsächlichen Grundlagen bloss glaubhaft zu machen⁴.

I. Aktivlegitimation

A. Betroffene Wettbewerber

Sowohl nach KG (Art. 6 Abs. I) wie auch nach UWG (Art. 2 Abs. I) hat der durch die kartell- bzw. lauterkeitsrechtswidrige Handlung in seinen Interessen gefährdete oder verletzte wirtschaftlich⁵ Tätige⁶ die Aktivlegitimation zur Klage und damit auch zum Massnahmeantrag⁷.

Während beim Kartellrecht diese Verletzung oder Gefährdung der wirtschaftlichen Interessen durch wettbewerbsbehindernde Handlungen genügt, wird von der herrschenden Lehre für das UWG noch zusätzlich verlangt, dass zwischen Verletzer und Verletztem ein Wettbewerbsverhältnis besteht⁸, d.h. dass sie überschneidenden

1 W. Ott, Sachlegitimation, S. 17.

2 A. Troller, Immaterialgüterrecht II, S. 1153.

3 Vgl. Botschaft UWG 1942, S. 705.

4 Zur Glaubhaftmachung: S. 45 ff.

5 Zum Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit: BGE 80 II 165 ff.

6 Dabei ist aber nur der selbständig Wirtschaftende aktivlegitimiert. Kriterium der Selbständigkeit ist nicht eine rechtliche, sondern eine wirtschaftliche Betrachtung, d.h. als selbständig gilt, wer sein Einkommen durch seine eigene wirtschaftliche Aktivität bestimmt, mithin also auch der auf Provisionsbasis arbeitende angestellte Vertreter. Dazu B. von Büren, Kommentar, S. 182; a.M. Kummer, Anwendungsbereich, S. 58 ff.

7 Botschaft UWG 1942, S. 693.

8 B. von Büren, Kommentar, S. 181; G. Roos, Klagerecht, S. 53 f. und 59 f.; BGE 90 II 322 f.; A. Troller, Immaterialgüterrecht II, S. 1035; vgl. für Deutschland: W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 588 ff.; richtet sich der Anspruch gegen einen passivlegitimierten Dritten (dazu

Personenkreisen gleiche oder ähnliche Leistungen anbieten⁹. Bezüglich der Ähnlichkeit der Leistungen werden dabei in der Praxis keine allzu hohen Anforderungen gestellt. Danach können alle Leistungen, die gleiche oder ähnliche Bedürfnisse befriedigen und deren gleichzeitige Annahme durch einen Abnehmer daher typischerweise ausgeschlossen ist, als ähnlich im oben erwähnten Sinne gelten¹⁰.

M. Kummer vertritt eine von der eben dargestellten herrschenden Lehre abweichende Auffassung, der sich auch der Entwurf zur Revision des UWG von 1983 anschliesst¹¹. Danach ist der Bestand eines Wettbewerbsverhältnisses für die Anwendung des UWG nicht erforderlich; dieses soll vielmehr immer Anwendung finden, wenn ein Wettbewerber in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit von einer Wettbewerbshandlung eines andern betroffen wird, wobei jede Handlung, mit der ein Wettbewerber sein eigenes Angebot stärkt und gleichzeitig das des Betroffenen stört, als Wettbewerbshandlung zu betrachten ist¹². Diese Ansicht führt, konsequent angewendet, dazu, dass jegliche Handlungen unter Wirtschaftenden, die dem Handelnden vermögensmässige Vorteile bringen und andere schädigen, in den Anwendungsbereich des UWG fallen würden¹³. So würde beispielsweise auch der zahlungsunfähige Gewerbetreibende, der bei einer Bank mit betrügerischen Angaben einen Kredit erlangt, oder der Grosshändler, der einem Detaillisten vertragswidrig fehlerhafte Waren liefert, vom UWG erfasst¹⁴. Dieser breite Anwendungsbereich würde aber dem Willen des Gesetzgebers, allein das Verhalten der Konkurrenten im Wettbewerb zu regeln, widersprechen, während der von der herrschenden Lehre durch das Erfordernis des Wettbewerbsverhältnisses eingeschränkte Anwendungsbereich diesem gesetzgeberischen Willen entspricht. Daher ist also in diesem Bereich der herrschenden Lehre zu folgen und entgegen der Ansicht von *M. Kummer* für die Aktivlegitimation nach UWG immer ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Verletztem und Verletzer zu fordern¹⁵.

S. 31 ff.), so muss das Wettbewerbsverhältnis zum Wettbewerber bestehen, für den dieser in den Wettbewerb eingreift.

9 Vgl. B. von Büren, Kommentar, S. 19 ff.; vgl. auch BGE 90 II 323.

10 A. Troller, Immaterialgüterrecht II, S. 1036; vgl. dazu die bei B. von Büren, Kommentar, S. 19, erwähnten Beispiele; kritisch dazu: M. Kummer, Anwendungsbereich, S. 25 ff.

11 Vgl. Botschaft UWG 1983, S. 1060 f., 1074 f.

12 M. Kummer, Anwendungsbereich, S. 51 ff.; C. Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung, S. 346; vgl. die Lockerung des Erfordernisses des Wettbewerbsverhältnisses in Deutschland: Dieses kann auch durch einen Branchenfremden mit einem sog. "Ad-hoc"-Verstoss (= schädigende Wettbewerbshandlung) begründet werden.

13 M. Kummer, Anwendungsbereich, S. 46 ff., beabsichtigt durch diese Erweiterung des Anwendungsbereichs vor allem berühmte Marken vor branchenfremden Schmarotzern nach UWG zu schützen.

14 M. Kummer, Anwendungsbereich, S. 49 ff., vermeidet diese Konsequenz, indem er postuliert, dass das Vertragsrecht diese Situationen ausschliesslich regelt, und damit die dogmatisch bedenkliche Subsidiarität der Deliktansprüche aus UWG gegenüber Vertragsansprüchen einführt (vgl. S. 33 f.).

15 Vgl. aber Entwurf zur Revision des UWG von 1983, wonach der Bestand eines Wettbewerbsverhältnisses für die Aktivlegitimation nicht notwendig ist (Art. 9); dazu: Botschaft UWG 1983, S. 1060 f., 1074 f.

B. Konsumenten

Während die Konsumenten im Bereiche des Kartellrechts grundsätzlich nicht zur Klage legitimiert sind, sind sie gemäss Art. 2 Abs. II UWG klageberechtigt, wenn sie durch unlautere Handlungen von Wettbewerbern geschädigt werden¹⁶. Im Gegensatz zum Konkurrenten genügt also beim Kunden die Gefährdung in den wirtschaftlichen Interessen nicht, um die Aktivlegitimation nach UWG zu begründen; der Kunde ist nur dann zur Klage berechtigt, wenn er im konkreten Fall geschädigt wurde¹⁷.

M. Kummer schränkt die Aktivlegitimation der Konsumenten aber noch weiter ein, indem er ihnen lauterkeitsrechtliche Ansprüche nicht zugesteht, wenn sie gegen den Verletzer einen vertraglichen Anspruch haben¹⁸. Eine derartige Einschränkung wäre im schweizerischen Recht an und für sich ein Fremdkörper, denn allgemein gilt der Grundsatz, dass zwischen vertraglichen und deliktischen Ansprüchen Konkurrenz besteht, also beide geltend gemacht werden können¹⁹, und der vertragliche den deliktischen nicht verdrängt²⁰. Nun gibt es aber in den Materialien keinerlei Hinweise darauf, dass der Anspruch des Kunden nach Art. 2 Abs. II UWG, der als deliktischer charakterisiert werden kann, nicht diesen allgemeinen Regeln folgt, sondern gegenüber vertraglichen Ansprüchen subsidiär ist. In der Botschaft zum UWG von 1942 wird im Gegenteil ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche des Kunden neben seine vertraglichen treten²¹. Auch aus dem Zweck des Kundenanspruches lässt sich eine Subsidiarität nicht ableiten. Die Verhandlungen des Ständerates zeigen zudem, dass der Gesetzgeber mit der Gewährung von Ansprüchen an die Kunden diese bei Schädigungen durch unlautere Handlungen von Wettbewerbern materiell besserstellen wollte als das damals geltende übrige Recht²². Daher scheint es ausgeschlossen, dass es in der Absicht des Gesetzgebers lag, diese Ansprüche dem Kunden nur dort zu gewähren, wo er geschädigt wurde, ohne mit dem Schädiger in einer vertraglichen Beziehung zu stehen, und die Kundenklage damit auf einen äusserst kleinen Bereich zu beschränken²³. Vielmehr muss der oben erwähnten Zielsetzung entnommen werden, dass

16 B. von Büren, Kommentar, S. 183; M. Kummer, Anwendungsbereich, S. 67 ff.

17 G. Roos, Klagerecht, S. 55; M. Kummer, Anwendungsbereich, S. 68 f.; Botschaft UWG 1942, S. 694; der Entwurf zur Revision des UWG von 1983 will in diesem Punkt die Konsumenten den Wettbewerbern gleichstellen und sieht die Klagelegitimation der Kunden auch schon für den Fall der Gefährdung vor, Botschaft UWG 1983, S. 1076.

18 M. Kummer, Anwendungsbereich, S. 69.

19 Dies ergibt aber keinen kumulativen Effekt, weil bei der Erfüllung des einen nach den Regeln der Anspruchskonkurrenz der andere ebenfalls untergeht.

20 Gauch/Schluép/Jäggi, S. 103 f.; vgl. BGE 99 II 321; a.M. von Tuhr/Escher, S. 108 ff.

21 Botschaft UWG 1942, S. 676, wo erwähnt wird, dass die Kunden nun neben den vertraglichen Ansprüchen noch Feststellungs-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche haben.

22 Vgl. Votum Haefelin, Sten.Bull. StR 1943, S. 49, und Votum Stampfli, a.a.O., S. 50; Botschaft UWG 1942, S. 676.

23 M. Kummer, Anwendungsbereich, S. 71 ff., sagt selbst, dass der Anwendungsbereich der Kundenklage bei der Befolgung seiner Theorie stark eingeschränkt würde.

der Gesetzgeber die Absicht hatte, die Ansprüche des Kunden aus UWG im Sinne der Anspruchs Konkurrenz neben die schon vorhandenen vertraglichen zu stellen²⁴.

Obwohl nach der hier vertretenen Ansicht der Kunde immer zur Klage und damit auch prinzipiell zum Massnahmeantrag nach UWG legitimiert ist, wenn er durch unlautere Wettbewerbshandlungen geschädigt wurde, kann er dennoch nie eine vorsorgliche Massnahme mit Erfolg beantragen, weil er die für den Massnahmenerlass notwendige Dringlichkeit²⁵ grundsätzlich nicht glaubhaft machen kann. Mit dem Massnahmeantrag dokumentiert der Konsument nämlich, dass er seine Schädigung und die Unlauterkeit der Handlung des Schädigers erkannt hat. Da damit ausgeschlossen ist, dass der Konsument ein weiteres Mal auf die unlautere Handlung des betreffenden Wettbewerbers hereinfällt, ist eine weitere Schädigung ausgeschlossen, was dazu führt, dass die für die Dringlichkeit notwendige Gefährdung grundsätzlich fehlt. Dieses Fehlen einer Gefährdung führt im übrigen auch dazu, dass die für einen Unterlassungsanspruch notwendige Wiederholungsgefahr²⁶ fehlt und deshalb auch der Verfügungsanspruch nicht besteht.

C. Verbände²⁷

1. Allgemeines

Im folgenden soll die Legitimation von Verbänden zum Massnahmeantrag im Interesse ihrer Mitglieder untersucht werden. Diese muss von der Aktivlegitimation für Massnahmeanträge zur Wahrung eigener wirtschaftlicher Interessen unterschieden werden²⁸; richtet sich ein Verband gegen einen Verletzer, der ihn in seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen schädigt oder bedroht²⁹, so bestimmt sich die Aktivlegitimation nach den vorne für Wettbewerber erwähnten Gesichtspunkten, denn in einem solchen Fall ist der Verband nicht Interessenvertreter seiner Mitglieder, sondern selbst als Wettbewerbsteilnehmer von einer unlauteren Handlung betroffen³⁰.

24 Vgl. Botschaft UWG 1942, S. 676.

25 Dazu eingehend hinten, S. 53 ff.

26 Dazu: S. 35 ff.

27 Unter den Begriff des Verbandes nach Art. 2 Abs. III UWG fallen alle rechtsfähigen Körperschaften; in der Praxis des Wirtschaftslebens sind dies vor allem Vereine und Genossenschaften (G. Roos, Klagerecht, S. 51). Nicht unter diesen Begriff fallen Anstalten, da diese mangels Mitgliedern nicht klageberechtigt sein können; vgl. Botschaft UWG 1983, S. 1077.

Der Entwurf zur Revision des UWG von 1983, der das Klagerecht der Organisation nicht mehr von der Aktivlegitimation ihrer Mitglieder abhängig macht, gibt auch Stiftungen die Möglichkeit zur Klage (Botschaft UWG 1983, S. 1077 f.).

28 Zu dieser Unterscheidung: BGE 103 II 94 ff.

29 Eine derartige Gefährdung des Verbandes selbst liegt beispielsweise vor, wenn ein Verleger die Verbandszeitung mit herabsetzender Werbung angreift, um diesem Inserenten zu entziehen.

30 B. von Büren, Kommentar, S. 181; G. Roos, Klagerecht, S. 62; Botschaft UWG 1942, S. 694.

Die Einführung einer umfassenden Klagerechtslegitimation der Verbände zur Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder war ein Novum im Bundesrecht³¹, da den Wirtschaftsverbänden vorher nur im Bereich des Markenrechts bei falschen Herkunftsbezeichnungen ausdrücklich ein Klagerecht zugestanden worden war. Immerhin hatte das Bundesgericht schon bei der staatsrechtlichen Beschwerde³² und im Patentrecht³³ Verbandsklagen zugelassen. Ausserdem konnte der Gesetzgeber auch auf ausländische Vorbilder zurückgreifen, da das Wettbewerbsrecht einiger Länder bereits das Institut der Verbandsklage vorsah³⁴. Die Befürworter der Verbandsklage, die sich vor allem aus Gewerbekreisen rekrutierten, erhofften sich von dieser Einrichtung, dass über die Verbandsklage auch die Interessen der kleineren Gewerbetreibenden, die selbst nicht die finanziellen Mittel haben, um ihre lauterkeitsrechtlichen Ansprüche selbständig durchzusetzen, zur Geltung gebracht werden können³⁵. Diese Kreise gingen sogar so weit, die Verbandsklage als Hauptanwendungsfall des UWG zu betrachten; Bundesrat *Stampfli* sagte anlässlich der Debatte im Ständerat zudem, dass das UWG ohne Verbandsklagerecht untauglich sei³⁶. Die Gegner der Verbandsklage machten dagegen vor allem geltend, dass ihre Einführung zu einer Prozesslawine führen würde, die der wirtschaftlichen Entwicklung der Schweiz abträglich wäre³⁷.

Wie die Praxis später zeigte, verwirklichten sich weder die Erwartungen der Befürworter noch die Befürchtungen der Gegner; die Verbandsklage der Mitbewerber erwies sich zwar in einigen Fällen als nützlich³⁸, blieb gegenüber der individuellen Klage aber deutlich seltener³⁹. Die Klage der Konsumentenverbände⁴⁰ tauchte ebenso wie die individuelle Kundenklage⁴¹ in der Praxis überhaupt nicht auf. Die Feststellung von *W.L. Pastor*, dass Kaufleute Prozesse prinzipiell scheuen und deshalb lieber einen Verein zum gerichtlichen Vorgehen anregen als selbst die nötigen

31 Zur Entstehungsgeschichte: G. Roos, Klagerecht, S. 27 ff.

32 Erstmals BGE 28 I 240 ff.

33 BGE 58 II 178 als erstes Urteil (Patentnichtigkeitsklage), vgl. dazu Meyer, Verbandsklagerecht, S. 186.

34 So kannten u.a. Deutschland, Schweden und Österreich die Verbandsklage, B. von Büren, Kommentar, S. 183; zu den damaligen ausländischen Regelungen eingehend: G. Roos, Klagerecht, S. 34 f.

35 Votum Haefelin, Sten.Bull. StR 1943, S. 51; vgl. auch die Voten Iten und Stampfli, a.a.O., S. 53 f.; BGE 103 II 301.

36 Votum Stampfli (vorher wurde das UWG als Stützmauer gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichnet): "Brechen Sie nicht mit der Klagerechtigung der Verbände den Hauptquader aus dieser Stützmauer heraus, damit nachher nur noch eine Klagemauer für das Gewerbe übrigbleibt", Sten.Bull. StR 1943, S. 54.

37 Votum Evéquoz, Sten.Bull. StR 1943, S. 52; G. Roos, Klagerecht, S. 91 ff.

38 Vgl. Klage der Detaillistenverbände gegen Denner AG, wo das Vorgehen eines einzelnen Detaillisten wegen des hohen Streitwerts undenkbar gewesen wäre; Urteil des HG ZH vom 10. Dezember 1979 (Mitteilungen 1980, S. 160 ff.).

39 C. Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung, S. 347.

40 B. Stauder/M. Bühler, Protection des Consommateurs, S. 541.

41 C. Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung, S. 347; auch bei dieser wurde eine Prozesslawine erwartet: vgl. Votum Ackermann, Sten.Bull. StR 1943, S. 49 f.

Schritte zu unternehmen⁴², mag zwar auch für Schweizer Kaufleute zutreffen⁴³. Offenbar gilt aber für die schweizerischen Verbände auch, dass sie Prozesse noch mehr scheuen als ihre Mitglieder.

Ausländische Vereine haben nach Art. 10ter der Pariser Verbandsübereinkunft im Bereiche des UWG dieselbe Klagerechtigung wie die schweizerischen, sofern sie in einem Signatarstaat inkorporiert sind⁴⁴.

Beim Kartellgesetz wurde im Gegensatz zum UWG keine Verbandsklage vorgesehen, da angenommen wurde, dass der Wirtschaftsverband als Kartell immer Beklagter sei, während der Kläger als Kartellaussenseiter immer eine Einzelperson oder ein einzelnes Unternehmen sein müsse⁴⁵. Das Bundesgericht hat sich aber in einem Fall, bei dem auf Klägerseite ein Verband auftrat, zur Frage der Aktivlegitimation von Verbänden geäußert und diese analog zu Art. 2 Abs. II UWG unter den dort formulierten Voraussetzungen bejaht⁴⁶. Dabei argumentierte es vor allem damit, dass oft nur ein Verband das mit kartellrechtlichen Prozessen verbundene Prozessrisiko tragen könne, während dies dem einzelnen kleinen Gewerbetreibenden nicht möglich sei⁴⁷. Bei der momentan hängigen Kartellgesetzrevision soll diesem Bedürfnis dadurch Rechnung getragen werden, dass die Verbandsklage Berufs- und Wirtschaftsverbänden, deren Mitglieder klagerechtigt sind, ausdrücklich gewährt wird⁴⁸. Das Klagerecht der Konsumentenorganisationen, das der bundesrätliche Entwurf vorsah⁴⁹, wurde bei den Beratungen im Ständerat gestrichen⁵⁰ und dürfte damit keinen Eingang in das neue Kartellgesetz finden. Beim jetzt noch gültigen Kartellgesetz gibt es ebenfalls kein Klagerecht der Konsumentenorganisationen, da die Konsumenten selbst keine Ansprüche aus Kartellgesetz haben können und damit ihre Verbände nicht als Wahrer ihrer rechtlich geschützten Interessen auftreten können.

Das Klagerecht der Verbände ist selbständiger Natur. Die Verbände klagen also nicht in Vertretung ihrer Mitglieder, sondern aus eigenem Recht⁵¹. Sie sind daher auf die Zustimmung ihrer Mitglieder nicht angewiesen und können sogar gegen den Willen der konkret Betroffenen den Rechtsweg beschreiten. Kommt es zu parallelen Prozessen, d.h. strengen Mitglied und Verband gleichzeitig ein Verfahren gegen einen bestimmten Verletzer an, so wird die Klage des Verbandes durch den Klagerrückzug oder den Vergleich, den das Mitglied abschliesst, nicht betroffen⁵².

42 W.L. Pastor, UWG-Reform, S. 246; ders., Wettbewerbsprozess, S. 597; vgl. zum Vorgehen auch H.-G. Borck, Kunstfehler, S. 277.

43 Vgl. G. Roos, Klagerecht, S. 92.

44 Urteil des OG ZH vom 25. Mai 1966 (ZR 67 [1968] Nr. 41); B. von Büren, Kommentar, S. 184; G. Roos, Klagerecht, S. 39 ff.

45 W. Hug, Ausführung des Kartellartikels, S. 115.

46 BGE 103 II 294 ff.; vgl. auch BGE 73 II 65.

47 BGE 103 II 301.

48 Art. 8 Abs. II lit. a Entwurf KG; dazu: Botschaft KG 1981, S. 1344 f.

49 Art. 8 Abs. II lit. b Entwurf KG; dazu: Botschaft KG 1981, S. 1345.

50 Sten.Bull. StR 1982, S. 532 ff.

51 G. Roos, Klagerecht, S. 43 ff.

52 B. von Büren, Kommentar, S. 184; G. Roos, Klagerecht, S. 72.

Das Klagerecht der Verbände bezieht sich immer nur auf die Durchsetzung von Feststellungs-, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen; Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche der Mitglieder können sie dagegen aus eigenem Recht nicht geltend machen⁵³. Den Betroffenen steht es aber frei, ihre Ersatzansprüche dem klagenden Verband abzutreten, damit diese im gleichen Verfahren wie die Realansprüche durchgesetzt werden können, um so das mit einem selbständigen Schadenersatzprozess verbundene Risiko zu vermeiden⁵⁴.

Interessant ist, dass zwischen der Schweiz und Deutschland ein grosser Unterschied in der Aktivität der klageberechtigten Verbände besteht. Obwohl die Verbandsklage in Deutschland in ihren Voraussetzungen gegenüber der schweizerischen Regelung nicht wesentlich erleichtert wurde, machen die deutschen Verbände von ihrem Klagerecht wesentlich häufiger Gebrauch als die schweizerischen. Der regen Tätigkeit⁵⁵ dieser Verbände ist es zu einem beachtlichen Teil zu verdanken, dass das Wettbewerbsrecht in Deutschland real durchgesetzt wird⁵⁶. Die deutschen Fach- und Verbraucherverbände reagieren dabei sehr rasch mit aussergerichtlichen und gerichtlichen Schritten, wenn sie einen Verstoss gegen das Lauterkeitsrecht entweder durch eigene Marktbeobachtung oder durch Anzeigen ihrer Mitglieder⁵⁷ entdeckt haben⁵⁸. Neben diesen Interessenverbänden werden aber auch Vereinigungen aktiv, die nur zum Zwecke der Überwachung der Lauterkeit im Wirtschaftsleben geschaffen wurden und deren Haupttätigkeit in der Verfolgung von Verstössen gegen das UWG besteht⁵⁹. Die grösste unter diesen, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., bearbeitet jährlich über 6'000 Reklamationen und strengt dabei über 400 Verfahren an⁶⁰. Neben seriösen Verbänden treten in Deutschland aber auch immer häufiger Vereine⁶¹ auf, die primär gar nicht die Bekämpfung unlauterer Praktiken in der Wirtschaft, sondern die Arbeitsbeschaffung für die Anwälte, die sie gegründet haben, bezwecken⁶². Die Aktivität dieser

53 B. von Büren, Kommentar, S. 184; G. Roos, Klagerecht, S. 63 ff.

54 C. Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung, S. 347; G. Roos, Klagerecht, S. 93, betrachtet dies als normales Vorgehen.

55 Dabei ist auch der grosse Anteil aussergerichtlicher Tätigkeit zu berücksichtigen; bei Wettbewerbsverstössen wird praktisch immer zuerst eine Abmahnung verschickt, die in den meisten Fällen genügt, um die unlauteren Handlungen zu beenden. R. von Falckenstein, Verbraucherverbandsklage, S. 503; diese Tätigkeit wird dadurch gefördert, dass der Gemahnte bei berechtigten Abmahnungen zum Ersatz der Kosten verpflichtet ist; W.L. Pastor, Kostenerstattung, S. 423 ff.; BGHZ 52, S. 393.

56 D. Wilke, Unsinn, S. 582 f., 586; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 597.

57 In Deutschland kann von einem Vorschicken der Verbände gesprochen werden: Der Anzeiger gibt dem Verband eine Kostendeckungszusage für die Prozesskosten und bleibt gegenüber dem Beklagten anonym; zum Teil kann er sogar gegenüber dem Verband anonym bleiben, wenn er die Kostendeckungszusage direkt einem Vertrauensanwalt des Verbandes gibt (H.-G. Borck, Kunstfehler, S. 277).

58 Zur Tätigkeit im einzelnen: R. von Falckenstein, Verbraucherverbandsklage, S. 502 ff.

59 Zu den verschiedenen Verbänden: W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 598.

60 D. Wilke, Über den Unsinn einer Reform der §§ 13 und 23 UWG, S. 586.

61 Diese Vereine werden meist in der Form von gemeinnützigen Vereinen zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs gegründet (W.L. Pastor, UWG-Reform, S. 252).

62 M. Kisseler, Gebührenvereine, S. 123 ff., mit Beispielen zum Vorgehen dieser Vereine; zu den Einkommensquellen derartiger Verbände: W.L. Pastor, UWG-Reform, S. 249 f.

Art von Vereinen hat in Deutschland derartige Blüten getrieben, dass nach gewissen privaten Regelungsversuchen⁶³ die Forderung nach einer gesetzgeberischen Lösung dieses Problems immer lauter wurde. Momentan liegt deshalb auch ein Entwurf zur Revision des UWG vor, der die Klageligitimation der Verbände dahingehend neu formulieren soll, dass nur noch Verbände zur Klage berechtigt sein sollen, die legitime Interessen vertreten⁶⁴. Eine derartige Einschränkung der Klageligitimation drängt sich in der Schweiz dagegen nicht auf, da hier keine Überaktivität der Verbände, sondern eher ein Aktivitätsdefizit vor allem der Konsumentenorganisationen festzustellen ist. Ausserdem verhindert das in Art. 2 Abs. III UWG festgehaltene Erfordernis, dass ein Mitglied klageberechtigt sein muss⁶⁵, die Entfaltung von dubiosen Vereinen, die nur zur Arbeitsbeschaffung für Juristen dienen.

2. Verbände von Wettbewerbern

Wie vorne gezeigt, sind diese Verbände sowohl im Bereiche des Lauterkeits- wie auch des Kartellrechts grundsätzlich zur Klage und damit auch zum Massnahmenantrag legitimiert. Im konkreten Fall muss ein Verband gemäss Art. 2 Abs. II UWG⁶⁶ nachweisen, dass er nach seinen Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder befugt ist und dass mindestens ein Mitglied⁶⁷ klageberechtigt ist, d.h. durch die Handlung des Beklagten in seinen Interessen gefährdet oder verletzt worden ist⁶⁸. An diesen Nachweis werden im allgemeinen aber keine hohen Anforderungen gestellt, so dass insbesondere zum Nachweis der Gefährdung

63 Vgl. die "Grundsätze über die Tätigkeit von Wettbewerbsvereinigungen" der Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft (WRP 1982, S. 79); dazu kritisch: H.G. Borck, Grundsätze, S. 70.

64 Dazu W.L. Pastor, UWG-Reform, S. 246 ff. (kritisch); R. von Falckenstein, Verbraucherverbandsklage, S. 510; D. Wilke, Über den Unsinn einer Reform der §§ 13 und 23 UWG, S. 581.

65 G. Roos, Klagerecht, S. 57 f.; in Deutschland sind es auch nicht die Wettbewerber- oder Verbraucherverbände, sondern die in der Schweiz nicht zugelassenen gemeinnützigen Vereine zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, die Probleme verursachen (W.L. Pastor, UWG-Reform, S. 252). Die Entwürfe zu UWG und KG, die das Klagerecht der Verbände nicht mehr vom Nachweis der Klageligitimation einzelner Mitglieder abhängig machen, verhindern das Auftauchen dubioser Vereine dadurch, dass sie Konsumentenvereine nur dann zur Klage zulassen, wenn sie gesamtschweizerische oder regionale Bedeutung haben (Botschaft UWG 1983, S. 1078; Botschaft KG 1981, S. 1345).

66 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diese Bestimmung im Kartellrecht analog anwendbar. BGE 103 II 294 ff.

67 Die Formulierung "Mitglieder" in Art. 2 Abs. III UWG wird von G. Roos, Klagerecht, S. 61, mit Recht als redaktionelles Versehen betrachtet, weil es keinen Grund gibt, die Klageberechtigung von mindestens zwei Mitgliedern zu verlangen; ausserdem wurde in den Materialien auch immer betont, dass es darum gehe, dem einzelnen Gewerbetreibenden zu helfen.

68 B. von Büren, Kommentar, S. 183 f.; G. Roos, Klagerecht, S. 55 ff.; vgl. aber den Entwurf zur Revision des UWG von 1983; dieser macht die Legitimation der klageberechtigten Organisationen völlig unabhängig von der Aktivlegitimation der Mitglieder (Botschaft UWG 1983, S. 1077).

einzelner Mitglieder die Darlegung der Branchenzugehörigkeit und der regionalen Verteilung der Verbandsmitglieder genügt⁶⁹.

Wie weiter hinten noch eingehender zu besprechen ist, muss der Antragsteller im Massnahmeverfahren glaubhaft machen, dass ihm ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht und er daher ein dringliches Rechtsschutzbedürfnis hat. Der Umstand, dass die klagenden Verbände selbst nicht in ihren Interessen gefährdet sind, macht ihnen dabei den erfolgreichen Massnemeantrag nicht unmöglich⁷⁰, denn auch hier gilt, wie auf S. 73 ff. noch eingehender zu begründen ist, dass sie die Interessen ihrer Mitglieder vertreten. Damit müssen sie nicht glaubhaft machen, dass ihnen selbst ein nicht leicht wiedergutzumachender Schaden droht, sondern nur eine entsprechende Bedrohung der Interessen ihrer Mitglieder glaubhaft darlegen⁷¹.

3. Konsumentenverbände

Wie vorne dargelegt, sind Konsumentenvereinigungen nach UWG zur Klageerhebung und damit auch zum Massnemeantrag berechtigt, während ihnen im Bereiche des Kartellgesetzes die Legitimation zum gerichtlichen Vorgehen abgeht⁷². Sie müssen dabei gemäss Art. 2 Abs. III UWG nachweisen, dass sie satzungsgemäss dazu befugt sind, die wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder zu wahren, und dass mindestens ein Mitglied⁷³ durch die Handlungen des Beklagten geschädigt wurde⁷⁴ und daher klageberechtigt ist⁷⁵.

M.E. wird diese Bestimmung aber durch Art. 31sexies Abs. II BV, der den Konsumentenorganisationen im Bereiche des UWG das gleiche Klagerecht zusichert wie den Berufs- und Wirtschaftsverbänden⁷⁶, dahingehend modifiziert, dass die Konsumentenverbände schon dann zur Klage legitimiert sind, wenn ihre Mitglieder nur

69 G. Roos, Klagerecht, S. 61; vgl. Urteil des OG ZH vom 25. Mai 1966 (ZR 67 [1968] Nr. 41); BGE 93 II 135 ff.

70 A.M.: H.-G. Borck, Befriedigungsverbot, S. 241.

71 Vgl. Urteil des OG ZH vom 25. Mai 1966 (ZR 67 [1968] Nr. 41), wo dem Massnahmebegehren eines Verbandes stattgegeben wird.

72 G. Roos, Klagerecht, S. 55 f.

73 Vgl. dazu FN 67, S. 27.

74 G. Roos, Klagerecht, S. 58; C. Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung, S. 348, stellt richtigerweise de lege ferenda das Postulat auf, dass das Erfordernis der Schädigung wegzufallen habe und Gefährdung genügen müsse. Der Entwurf zur Revision des UWG von 1983 sieht dagegen vor, dass die klageberechtigten Organisationen überhaupt keine Schädigung oder Gefährdung einzelner Mitglieder mehr nachweisen müssen. Dafür müssen sie sich aber über eine regionale oder gesamtschweizerische Bedeutung ausweisen; Botschaft UWG 1983, S. 1077 f.

75 B. von Büren, Kommentar, S. 184.

76 Dazu: Botschaft Konsumentenschutz, S. 754.

gefährdet sind⁷⁷, weil die Berufs- und Wirtschaftsverbände ebenfalls schon bei einer blossen Gefährdung ihrer Mitglieder zur Klage befugt sind⁷⁸.

Nun stellt sich aber die Frage, ob ein Konsumentenverband erfolgreich einen Massnemeantrag stellen kann. Der einzelne Konsument hat ja, wie vorne dargestellt, mit einem derartigen Antrag keine Aussicht auf Erfolg, weil ihm kein weiterer Schaden drohen kann und er deshalb die Dringlichkeit seines Antrages nicht glaubhaft machen kann, wenn er einmal die unlautere Handlung als Ursache seiner Schädigung erkannt hat. Damit kann ein Konsumentenverband nur dann mit Aussicht auf Erfolg einen Massnemeantrag stellen, wenn er zur Begründung der für den Massnahmeerlass notwendigen Dringlichkeit⁷⁹ die Gefährdung seiner noch nicht geschädigten Mitglieder geltend machen kann.

Für diese Lösung spricht der Zweck der Vorschriften über das Klagerecht der Konsumentenvereinigungen⁸⁰: Wie die Materialien zeigen, wollte der Gesetzgeber mit diesem Klagerecht den Schutz der Konsumenten gegenüber unlauteren Handlungen von Wettbewerbern verbessern⁸¹. Dieses Ziel kann aber nur erreicht werden, wenn es den Konsumentenorganisationen möglich ist, bei unlauteren Handlungen schnell einzugreifen, damit eine weitere Schädigung der zu schützenden Konsumenten vermieden werden kann. Deshalb erwähnt die Botschaft UWG 1942 auch ausdrücklich, dass die Konsumentenverbände vorsorgliche Massnahmen erwirken können⁸², was ihnen aber nur dann möglich ist, wenn sie sich zur Begründung der Dringlichkeit auf die Gefährdung ihrer noch nicht geschädigten Mitglieder berufen können. Ausserdem kann auch aus Art. 31 sexies Abs. II BV abgeleitet werden, dass sich die Konsumentenverbände auf die Gefährdung ihrer Mitglieder berufen können, da die Berufs- und Wirtschaftsverbände diese Möglichkeit, wie vorne gezeigt, ebenfalls haben⁸³.

Der Umstand, dass die gefährdeten Mitglieder selbst nicht zu einer Klage oder einem Massnemeantrag legitimiert sind, ist dabei unter dogmatischen Gesichtspunkten irrelevant, da beim Klagerecht nach Art. 2 Abs. III UWG, wie vorne dargelegt, der Verein aus eigenem Recht und nicht als Vertreter seiner Mitglieder klagt.

Mit der Möglichkeit der vorsorglichen Massnahme haben die Konsumentenvereinigungen ein taugliches Mittel, um gewissen unlauteren Geschäftspraktiken, bei denen sich keine anderen Antragsteller finden⁸⁴, innert kurzer Frist ein Ende

77 Botschaft UWG 1983, S. 1054, 1077.

78 Dazu S. 27 f.

79 Dazu S. 53 ff.

80 Ausserdem wird bei der Berechtigung der Verbände zur vorsorglichen Massnahme in Botschaft UWG 1942, S. 705, einfach von Verbänden gesprochen, ohne dass die Konsumentenverbände davon ausgenommen würden. Vgl. Botschaft UWG 1942, S. 676.

81 Vgl. zum Anliegen des Konsumentenschutzes: Botschaft UWG 1942, S. 676, und die Voten Haefelin und Stampfli, Sten.Bull. StR 1943, S. 45 f.

82 Botschaft UWG 1942, S. 676.

83 Siehe vorne S. 28.

84 Vgl. Votum Haefelin, Sten.Bull. StR 1943, S. 49, welcher der Klage der Kunden und Kundenverbände vor allem diese lückenfüllende Funktion zuweist. Solche Situationen gibt es vor allem dann, wenn eine ganze Branche unlauter wirkt: Corrective Advertising, S. 484 f.

zu bereiten. Es erstaunt daher, dass diese Organisationen diesen Weg bis anhin noch nie beschritten haben^{85,86}.

II. *Passivlegitimation*

A. UWG

1. Wettbewerber

Die Klage und der Massnahmeantrag können sich gegen den direkt verletzenden Wettbewerber richten, wobei juristischen Personen gemäss Art. 55 ZGB das Verhalten von Organen als eigenes zuzurechnen ist⁸⁷. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche, die im Massnahmeverfahren gemäss Art. 9 Abs. 1 UWG vorläufig vollstreckt werden dürfen, können gegen einen Wettbewerber gemäss Art. 3 Abs. 1 UWG auch dann durchgesetzt werden, wenn die betreffende Handlung ohne sein Wissen von Angestellten oder Arbeitern begangen wurde⁸⁸. Aus der Formulierung von Art. 3 Abs. 1 UWG ("auch") ergibt sich, dass in derartigen Fällen das Organ, der Angestellte oder der Arbeiter, der handelte, ebenfalls passivlegitimiert ist⁸⁹. Trotz der damit bestehenden Möglichkeit, einen Massnahmeantrag auch gegen diese Personen zu richten, wird es sich nicht lohnen, Arbeitnehmer in rein ausführender Stellung ins Recht zu fassen⁹⁰. Vorteilhaft dagegen kann es sein, einen Massnahmeantrag auch gegen entscheidungsbefugte Organe zu richten, denn ein Massnahmeentscheid, der gegen ein massgebliches Organ gerichtet ist, wirkt meist besser als ein Entscheid ohne derartige persönliche Spitze⁹¹.

85 Vgl. dagegen die rege Tätigkeit deutscher Verbraucherverbände: R. von Falckenstein, Verbraucherverbandsklage, S. 505.

86 Die schweizerischen Konsumentenverbände versuchen heute unlautere Werbung vor allem durch Gegeninformation zu bekämpfen; B. Stauder/M. Bühler, La protection des Consommateurs, S. 538.

87 B. von Büren, Kommentar, S. 184.

88 Botschaft UWG 1942, S. 700 f.; B. von Büren, Kommentar, S. 185.

89 So auch ausdrücklich Botschaft UWG 1942, S. 701; B. von Büren, Kommentar, S. 185; BGE 90 IV 43; vgl. Verfügung des ER am HG ZH vom 26. Februar 1979 (Mitteilungen 1982, S. 82 ff.) (PatG); in gleicher Weise kann auch die Werbeagentur belangt werden: vgl. P. Bülow, Haftung der Werbeagentur, S. 538 f.

90 Diese Haftung hat vor allem für den Regress Bedeutung (vgl. Botschaft UWG 1942, S. 701).

91 Vgl. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 636 f.; eher ablehnend: H.-G. Borck, Kunstfehler, S. 277.

2. Dritte

a) *Hersteller von Druckerzeugnissen*

Die Haftung der Presse für die Mitwirkung bei Verstössen gegen das Lauterkeitsrecht wird in Art. 4 UWG in Analogie zu den strafrechtlichen Normen über die Pressedelikte (Art. 27 StGB) speziell geregelt⁹², während bei Verstössen, die von Presseunternehmen direkt als Wettbewerbsteilnehmer begangen werden, die allgemeinen Regeln über die Passivlegitimation gelten⁹³. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche können gemäss Art. 4 Abs. I UWG gegen Redaktor, Verleger oder Drucker⁹⁴ nur dann geltend gemacht werden, wenn die verletzende Veröffentlichung gegen den Willen des Urhebers erfolgte (lit. a), der Urheber nicht bekanntgegeben wird (lit. b), sonst nicht ermittelt oder in der Schweiz nicht vor Gericht gestellt werden kann (lit. c)⁹⁵. Ausserhalb dieser eng definierten Ausnahmen ist es daher nicht möglich, bei Verstössen gegen das UWG, die in der Presse oder in anderen Druckerzeugnissen an die Öffentlichkeit gelangen, neben oder statt dem Verfasser noch den Verleger, Drucker oder Redaktor ins Recht zu fassen. Daraus ergibt sich aber das Problem, dass in derartigen Fällen im Massnahmeverfahren dem eigentlichen technischen Erzeuger des verletzenden Druckerzeugnisses nichts befohlen werden kann, da er nicht Partei ist⁹⁶. Damit kann eine Gegendarstellung oder ein Widerruf nie absolut bindend verfügt werden; der Befehl dazu kann nur gegenüber dem Verfasser ergehen, der meist selbst nicht über die technischen Mittel zu deren Veröffentlichung verfügt. Daher hängt die reale Durchsetzung eines Entscheides auf Gegendarstellung oder Widerruf letztlich immer davon ab, ob der Besitzer oder Verwalter des Druckerzeugnisses, in dem sie veröffentlicht werden sollte, sie auch wirklich veröffentlicht.

Der Entwurf für die Revision des UWG von 1983 sieht die Abschaffung dieser Spezialbestimmung vor⁹⁷. Durch den Verweis auf die im Entwurf für die Revision des Persönlichkeitsschutzes vorgesehene Regelung der vorsorglichen Massnahme werden aber vorsorgliche Massnahmen gegen periodisch erscheinende Medien stark erschwert, da eine Massnahme nur erlassen werden kann, wenn der Nachteil, den der Antragsteller erleidet, besonders schwer ist und offensichtlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegt⁹⁸. Diese Lösung ist m.E. für den Bereich des Wettbewerbs-

92 So Botschaft UWG 1942, S. 702.

93 Urteil des OG AG vom 24. Februar 1981 (Mitteilungen 1981, S. 160 ff.).

94 Unter diesen besteht ein Subsidiaritätsverhältnis; der Verleger haftet nur, wenn kein verantwortlicher Redaktor, der Drucker nur, wenn kein Verleger vorhanden ist (Kaskadenhaftung).

95 B. von Büren, Kommentar, S. 187; Botschaft UWG 1942, S. 702 f.; vgl. die Debatte im NR (Sten.Bull. NR 1943, S. 151 ff.).

96 Vgl. dagegen den Entwurf zur Revision des Persönlichkeitsschutzes, Art. 28c Abs. II, wo den periodisch erscheinenden Medien nur in bezug auf die vorsorgliche Massnahme gewisse Erleichterungen gewährt werden.

(Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 667.)

97 Dazu Botschaft UWG 1983, S. 1055.

98 Dazu Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 667 f.

rechts jedoch ungeeignet. Die heutige Regelung privilegiert die Presse nur insoweit, als sie bei einem Wettbewerbsverstoss bloss Beteiligte, nicht aber Haupttäterin ist. Dies soll verhindern, dass wegen eines unlauteren Inserates allein das Erscheinen eines Presseerzeugnisses untersagt werden kann. Die vom Entwurf zur Revision des Persönlichkeitsschutzes vorgesehene Privilegierung bezieht sich nun aber auch auf die Presse als Haupttäter. Dies mag für den Bereich des Persönlichkeitsschutzes, in dem es typischerweise um verletzendende redaktionelle Beiträge geht, bei denen das betreffende periodische Medium normalerweise Haupttäter ist, angemessen sein, weil sich die zu schützende Freiheit der Presse vor allem auf die redaktionellen Beiträge bezieht. Diese Regelung führt jedoch im Bereich des Wettbewerbsrechts, wo rein ökonomische Interessen auf dem Spiel stehen, zu einer ungerechtfertigten Privilegierung, da sie vorsorgliche Massnahmen gegen periodische Medien, die selbst Haupttäter sind und sich damit im Rahmen des Wettbewerbs typischerweise gegen andere periodische Medien wenden, stark erschwert. So würde beispielsweise eine Zeitschrift, die irreführende Vergleiche mit der Auflagenstärke anderer Zeitschriften publiziert, von der neu vorgesehenen Regelung ebenfalls privilegiert.

M.E. wäre es am sachdienlichsten, die Privilegierung der Presse im Bereich des Wettbewerbsrechts weiterhin nur bei ihrer blossen Beteiligung vorzusehen und sie überdies auf die vorsorgliche Untersagung des Erscheinens des betreffenden Presseerzeugnisses zu beschränken. Mit einer derartigen Regelung wird einerseits verhindert, dass das Erscheinen eines Druckerzeugnisses wegen eines unlauteren Inserates untersagt werden kann, andererseits jedoch die bindende Anordnung vor Gegenstellungen in bezug auf Inserate ermöglicht.

b) Andere Dritte

Neben den Wettbewerbern können auch Dritte ins Recht gefasst werden, die zugunsten eines Konkurrenten mit unlauteren Handlungen direkt in den Wettbewerb eingreifen⁹⁹. Dabei sind aber nur Dritte passivlegitimiert, die in der Absicht handeln, zugunsten eines Wettbewerbers in den Wettbewerb einzugreifen, um einen andern zu stören. Fehlt diese Absicht jedoch, so kann gegen den betreffenden Dritten nicht aus UWG vorgegangen werden¹⁰⁰, auch wenn er einen Wettbewerber in seiner Wettbewerbsposition schädigt¹⁰¹. Greift z.B. ein beratender Ingenieur in

99 Botschaft UWG 1942, S. 688; vgl. Art. 1 Abs. II lit. b UWG; A. Troller, Immaterialgüterrecht II, S. 1163; BGE 93 II 139 f.; O.A. Germann, Vergleichende Werbung, S. 275; Urteil des OG ZH vom 25. Mai 1966 (ZR 67 [1968] Nr. 41); vgl. aber die einschränkende Auslegung in BGE 98 IV 38, nach der Dritte nur erfasst werden, wo dies ausdrücklich erwähnt wird. Diese strafrechtliche Auslegung, die an den in diesem Gebiet geltenden besonderen Regeln (*nulla poena sine lege scripta*) orientiert ist, lässt sich aber nicht auf das Zivilrecht übertragen (a.M. F. Heyden, Warentest, S. 2 f.).

100 B. von Büren, Kommentar, S. 21; sehr streng: M. Kummer, Anwendungsbereich, S. 19 f.; vgl. Urteil des OG ZH vom 4. November 1968 (ZR 68 [1969] Nr. 67).

101 Der Betroffene muss dann nach den Regeln über den Persönlichkeitsschutz vorgehen.

einer Veröffentlichung mit unrichtigen Angaben einen bestimmten Fabrikanten an und empfiehlt nur noch die Produkte eines andern zu verwenden, so kann der Verletzte einen Massnahmeantrag gegen den Ingenieur stellen, obwohl dieser mit ihm nicht im Wettbewerb steht. Veröffentlicht der Ingenieur aber einen wissenschaftlichen Bericht, in dem er objektive Testergebnisse publiziert, so kann er nicht ins Recht gefasst werden, auch wenn diese für einen bestimmten Fabrikanten ungünstig sind.

Der Dritte, der im Lauterkeitsrecht neben dem Wettbewerb selbst passivlegitimiert ist, muss vom nicht passivlegitimierten Dritten, bei dem zum Teil umstritten ist, ob auch gegen ihn Massnahmen erlassen werden können, unterschieden werden. (Hierzu: S. 98 f.)

B. Kartellrecht

Im Kartellrecht sind alle Personen passivlegitimiert, die sich mit Vorkehrungen oder Massregeln gegen den betroffenen Wettbewerber richten, also nicht nur Kartelle oder kartellähnliche Organisationen als Ganzes, sondern auch deren Mitglieder, soweit sie an der Durchführung der Vorkehrungen oder Massregeln direkt beteiligt sind¹⁰². Dies ermöglicht es dem Antragsteller, neben dem Kartell auch noch dessen Mitglieder mit einem Massnahmeantrag ins Recht zu fassen¹⁰³. Damit kann er die Wirksamkeit von Entscheiden in Boykottsachen absichern: Während das Kartell, das keine eigene gewerbliche Tätigkeit entfaltet, nicht zur Wiederaufnahme von Lieferungen oder Bezügen, sondern nur zum Widerruf des Boykottaufrufs verpflichtet werden kann¹⁰⁴, ist gegenüber seinen Mitgliedern eine direkte Anordnung einer Bezugs- bzw. Lieferpflicht möglich¹⁰⁵. Dabei müssen keineswegs alle Mitglieder eines Kartells oder einer kartellähnlichen Organisation gleichzeitig erfasst werden; wenn sie ihre interne Organisation nicht zur notwendigen Streitgenossenschaft macht, können Massnahmeanträge auch nur gegen einzelne gestellt werden¹⁰⁶.

102 Entscheid des Appellationshofes des Kt. BE vom 24. Oktober 1977 (VKK 1978, S. 55 ff.) (kartellähnliche Organisation); BGE 104 II 209 (Kartelle).

103 Vgl. Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 219 ff.).

104 Vgl. Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 25. Juli 1966 (VKK 1967, S. 327).

105 Vgl. den in FN 102 erwähnten Entscheid.

106 Entscheid des Appellationshofes des Kt. BE vom 24. Oktober 1977 (VKK 1978, S. 55 ff.); BGE 104 II 209.

§ 3 Die Voraussetzungen für den Massnahmeerlass

I. Der Antrag

Während in der schweizerischen Lehre und Praxis Einigkeit darüber besteht, dass zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme ein Antrag des Antragstellers vorliegen muss, ist umstritten, ob dieser bestimmt sein muss. Einige Autoren vertreten die Ansicht, dass es genüge, wenn der Antragsteller ganz generell Rechtsschutz verlangt und die Art der Gefährdung seiner Interessen darstellt¹. Nach richtiger Ansicht ist für die Einleitung des Massnahmeverfahrens jedoch ein bestimmter Antrag nötig, in dem die verlangte Massnahme genau bezeichnet wird, da sich in diesem Punkt ein Abweichen von der im ordentlichen Zivilprozess geltenden Dispositionsmaxime, die eine bestimmte Formulierung des Klageantrages verlangt, nicht rechtfertigt².

Die gegenteilige Ansicht kann dagegen nicht überzeugend begründet werden; allein die Tatsache, dass der Richter bei der Bestimmung des Massnahmeinhaltes einen weiteren Ermessensspielraum als bei der Gestaltung eines ordentlichen Urteils hat³, kann den Verzicht auf einen bestimmten Antrag nicht rechtfertigen, denn gerade dieser weite Ermessensspielraum macht es sinnvoll, dass der Antragsteller das Ziel seines Rechtsschutzbegehrens genau bezeichnet und damit den Ermessensspielraum des Richters beschränkt⁴.

Der Antrag muss dabei so spezifiziert sein, dass er zum Dispositiv des Urteils erhoben werden kann⁵, d.h. nach der Formulierung muss klar sein, welche Handlungen von der betreffenden Verfügung erfasst werden und welche nicht⁶. Insbesondere bei Unterlassungsbegehren im Bereiche der Werbung ergeben sich dadurch Schwierigkeiten; der Antrag darf wegen dieses Spezifizierungsgebotes nicht zu weit gehen, er darf aber auch nicht zu eng formuliert sein, da der Antragsgegner sonst allzu leicht durch kleine Änderungen in seiner Werbestrategie der Verfügung ausweichen kann⁷. Bleiben bei der Formulierung des Antrags in dieser Hinsicht Zweifel, so liegt die Lösung dieses Problems meist in der Formulierung eines weiten Antrages, der mit einem enger gefassten Eventualantrag kombiniert wird.

1 Sträuli/Messmer, N. 12 zu § 110; O. Vogel, Probleme, S. 98; F. Baur, Studien, S. 72.

2 I. Meier, Grundlagen, S. 248 f.; Blum/Pedrazzini, Anm. 4a zu Art. 77 PatG; H.P. Ming, Vorsorgliche Massnahme, S. 26. Auch in Deutschland wird bei Verfügungen im Bereich des Wettbewerbsrechts ein bestimmt formulierter Antrag verlangt: H.-G. Borck, Kunstfehler, S. 276; W. Lipps, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 227.

3 F. Baur, Studien, S. 71.

4 Dazu S. 198 f.

5 Blum/Pedrazzini, Anm. 4a zu Art. 77 PatG; H.P. Ming, Vorsorgliche Massnahme, S. 26; F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 30.

6 BGE 78 II 293; vgl. BGE 84 II 457.

7 Vgl. H.-G. Borck, Grenzen richterlicher Formulierungshilfe, S. 457; ders., Kunstfehler, S. 276.

II. Der Verfügungsanspruch

Als Verfügungsanspruch wird der materiellrechtliche Anspruch bezeichnet, den der Antragsteller mittels der vorsorglichen Massnahme durchsetzen oder sichern will⁸.

Gemäss Art. 9 Abs. II UWG ist der auf die Glaubhaftmachung beschränkte Nachweis dieses Anspruchs eine Voraussetzung zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme im Gebiet des Wettbewerbsrechts⁹.

A. Materiellrechtliche Ansprüche aus Wettbewerbsrecht

Im folgenden sind nun die materiellrechtlichen Ansprüche zu betrachten, die den vorsorglichen Massnahmen im Bereiche des Wettbewerbsrechts zugrunde liegen. Dabei ist die Untersuchung auf die Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche zu beschränken, die gemäss Art. 9 Abs. I UWG vorläufig vollstreckt werden können; Schadenersatz-, Genugtuungs-¹⁰ und Feststellungsansprüche¹¹ dagegen, die im wettbewerbsrechtlichen Massnahmeverfahren nicht beurteilt werden können, sollen im folgenden nicht weiter behandelt werden.

1. Der gewöhnliche Unterlassungsanspruch

Dieser Anspruch, der in Art. 2 Abs. I lit. b UWG und Art. 6 Abs. I KG¹² erwähnt wird, ist auf das Unterlassen der Wiederholung einer bestimmten rechtswidrigen Handlung gerichtet. Damit dieser Anspruch gegeben ist, müssen zwei Tatbestandsmerkmale erfüllt sein; einerseits muss die betreffende Tätigkeit des Antragsgegners unlauter oder kartellrechtswidrig sein, andererseits die Gefahr ihrer Wiederholung bestehen¹³. Die hier vertretene Ansicht, dass die Wiederholungsgefahr Tatbestandsmerkmal ist, widerspricht der herrschenden schweizerischen Lehre, die sie als Voraussetzung für das bei Unterlassungsklagen erforderliche besondere Rechtsschutzinteresse ansieht¹⁴. Letztere Betrachtungsweise kann jedoch kaum richtig

8 Für viele: D. Leibold, Grundlagen, S. 17.

9 Vgl. Beschluss des OG ZH vom 30. Oktober 1981 (Mitteilungen 1982, S. 193).

10 Botschaft UWG 1942, S. 706.

11 Vgl. Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 26. Januar 1977 (VKK 1977, S. 242).

12 Dieser kartellrechtliche Unterlassungsanspruch, der sich auf die Untersagung von Vorkehren und Massregeln richtet, ist *re vera* oft ein Leistungsanspruch, denn wenn die Vorkehr bzw. Massregel in einem Boykott besteht, so richtet sich der Anspruch auf eine Belieferungs- oder Bezugspflicht, d.h. auf eine positive Leistung.

13 BGE 90 II 51 ff. Erw. 9.

14 BGE 97 II 108; M. Kummer, Zivilprozessrechtlicher Schutz, S. 110; J.-M. Grossen, La protection de la personnalité, S. 40; Sträuli/Messmer, N. 3 zu § 51 ZPO; Entscheid des

sein, weil sie zur Folge hätte, dass einzige materiellrechtliche Voraussetzung eines Unterlassungsanspruches die Widerrechtlichkeit der betreffenden Handlung wäre¹⁵. Dies würde dazu führen, dass bei jeder rechtswidrigen Handlung prinzipiell ein Unterlassungsanspruch bestände, auf die Klage zur Durchsetzung dieses Anspruchs aber mangels Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten würde, wenn die Gefahr einer Wiederholung nicht vorhanden ist. Wird die Wiederholungsgefahr jedoch als Tatbestandsmerkmal betrachtet, so existiert in derartigen Fällen überhaupt kein Unterlassungsanspruch, was dogmatisch der Existenz eines rein abstrakten, aber nicht einklagbaren Anspruches vorzuziehen ist¹⁶.

Während die Frage der Unlauterkeit bzw. der Kartellrechtswidrigkeit im Rahmen dieser Dissertation nicht behandelt werden soll, da auf eine ausgiebige Literatur zu diesen materiellrechtlichen Problemen verwiesen werden kann, soll im folgenden die Wiederholungsgefahr näher betrachtet werden.

a) Begriff und positiver Nachweis der Wiederholungsgefahr

Wiederholungsgefahr ist, wie *W.L. Pastor*¹⁷ ausführt, "die Gefahr, dass der Verletzer diejenige konkrete Verletzungshandlung in Zukunft erneut begeht, die er bereits rechtswidrig ausgeführt hat"¹⁸. Der in dieser Definition verwendete Begriff der Gefahr darf nicht zu weit ausgelegt werden, da das Tatbestandsmerkmal der Wiederholungsgefahr sonst jede einschränkende Wirkung verliert. Wiederholungsgefahr besteht deshalb nicht schon dann, wenn eine Wiederholung rein abstrakt möglich ist, sondern nur, wenn die erhöhte Wahrscheinlichkeit einer Wiederholung vorhanden ist¹⁹. Diese Wahrscheinlichkeit hängt natürlich letztlich von der Willensbildung des Antragsgegners, d.h. von inneren Tatsachen, ab²⁰. Da diese grundsätzlich nicht direkt feststellbar sind, muss versucht werden, vom äusserlich erkennbaren Verhalten des Antragsgegners auf dessen Willen zur Wiederholung zu schliessen. Dieser Schluss kann sowohl aus seinen Äusserungen wie auch aus seinem übrigen Verhalten gezogen werden²¹. So kann beispielsweise bei Boykotten und Werbekampagnen

OG ZH vom 5. Januar 1978 (ZR 77 [1978] Nr. 53); vgl. A. Schöнке, Rechtsschutzbedürfnis, S. 50.

15 So A. Schöнке, Rechtsschutzbedürfnis, S. 50.

16 Stein/Jonas/Grunsky, N. 8 zu § 940 ZPO; *W.L. Pastor* bei Reimer, S. 52 ff.; vgl. A. Vogt, Eilbedürfnis, S. 1502; vgl. die interessante, aber unnötige Unterscheidung von Unterlassungsanspruch im engeren und im weiteren Sinne bei H.-G. Borck, Unterwerfungserklärung, S. 373 f.; vgl. auch R. Pohle, Rechtsschutzbedürfnis, S. 234.

17 *W.L. Pastor* bei Reimer, S. 48.

18 Vgl. A. Vogt, Eilbedürfnis, S. 1503; H.-G. Borck, Wiederholungsgefahr, S. 272.

19 A. Vogt, Eilbedürfnis, S. 1503; vgl. BGE 97 II 108; Entscheid des OG ZH vom 5. Januar 1978 (ZR 77 [1978] Nr. 53); P. Jäggi, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, S. 178 ff.; a.M. *W.L. Pastor* bei Reimer, S. 57 f.

20 *W.L. Pastor* bei Reimer, S. 57; M. Kummer, Zivilprozessrechtlicher Schutz, S. 110.

21 Vor allem aus Vorbereitungshandlungen, Blum/Pedrazzini, Anm. 4 zu Art. 72 PatG.

aufgrund ihrer Konzeption als Dauerhandlungen auf den grundsätzlichen Willen zur Fortsetzung geschlossen werden²². Manchmal zeigen aber auch die Äusserungen des Antragsgegners, dass ein Wille zur Wiederholung besteht. Dabei sind vor allem die im Prozess gemachten Äusserungen zu beachten; macht ein Antragsgegner beispielsweise geltend, dass er durch eine Unterlassungsverfügung eine Einbusse in seinem Geschäftsbetrieb erleide, so muss daraus zwingend geschlossen werden, dass er beabsichtigt, die zu unterlassende Tätigkeit zu wiederholen. Aus der Unterlassungspflicht kann sich ja nur dann ein Schaden ergeben, wenn die betreffende Tätigkeit ohne Erlass einer vorsorglichen Massnahme weiterhin ausgeübt würde²³. Wenn der Antragsgegner die Abweisung des Massnahantrags primär aus materiellrechtlichen Gründen verlangt und damit behauptet, dass sein Handeln rechtmässig war, ist ebenfalls ein Wille zur Wiederholung anzunehmen, denn mit dieser Behauptung beansprucht der Antragsteller implizit auch das Recht, sich weiterhin so zu verhalten²⁴. Dieser Schluss ist jedoch dann unzulässig, wenn der Antragsgegner primär das Vorliegen der Wiederholungsgefahr bestreitet und nur eventualiter behauptet, dass sein Verhalten rechtmässig ist.

b) Die Vermutung der Wiederholungsgefahr

Der oben umschriebene positive Nachweis der Wiederholungsgefahr kann sehr schwierig sein, wenn keine Dauerhandlung vorliegt und sich der Antragsgegner auch nicht selbst durch seine Äusserungen im Prozess verrät.

So ist es sehr problematisch nachzuweisen, dass eine Wiederholungsgefahr vorhanden ist, wenn der Antragsgegner eine einzelne Wettbewerbshandlung, wie z.B. die Veröffentlichung einer herabsetzenden Anzeige, vorgenommen hat und im Verfahren um die vorsorgliche Massnahme ohne weitere Bestreitungen nur die Wiederholungsgefahr in Abrede stellt.

In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, ob auch in der Schweiz der in Deutschland herrschenden Lehre gefolgt werden kann, nach der die Wiederholungsgefahr bei Wettbewerbshandlungen im Sinne einer praesumptio hominis²⁵ zu vermuten ist²⁶. Diese Vermutung basiert an und für sich auf ökonomischen Überlegungen²⁷; Wettbewerbshandlungen sind definitionsgemäss Handlungen zur

22 W.L. Pastor bei Reimer, S. 58.

23 Vgl. die Argumentation in BGE 99 II 347, wo aus dem Umstand, dass der Antragsgegner eine Sicherheit verlangte, auf dessen Willen zur Aufnahme der rechtswidrigen Handlung geschlossen wurde.

24 Blum/Pedrazzini, Anm. 4 zu Art. 72 PatG; H.-G. Borck, Wiederholungsgefahr, S. 2722; B. von Büren, Kommentar, S. 167; W.L. Pastor bei Reimer, S. 60.

25 Zu dieser Art Vermutung: M. Kummer, Berner Kommentar, Einleitungsband, N. 362 ff. zu Art. 8 ZGB.

26 A. Vogt, Eilbedürfnis, S. 1503; H.-G. Borck, Wiederholungsgefahr, S. 2722 (mit Einschränkungen); W.L. Pastor bei Reimer, S. 78 ff.

27 Vgl. A. Vogt, Eilbedürfnis, S. 1503; W.L. Pastor bei Reimer, S. 79.

Verbesserung der eigenen Wettbewerbsposition²⁸, die letzten Endes eine Steigerung des Geschäftsertrages bewirken sollen. Da diese Ertragssteigerung dauerndes Ziel jedes ökonomisch-rational geführten Unternehmens ist, werden erfolgreiche Wettbewerbshandlungen, die diesem Ziel dienen, normalerweise so lange wiederholt, bis sie zum ökonomischen Unternehmensziel nichts mehr beitragen, d.h. unrentabel geworden sind²⁹. Mit diesen Überlegungen werden die Gedankengänge eines rational handelnden Wettbewerbers nachvollzogen, was Rückschlüsse auf die Willensbildung des Antragsgegners ermöglicht, weil im allgemeinen angenommen werden kann, dass jeder wirtschaftlich Tätige ökonomisch-rational entscheidet. Da diese Annahme auch für die Schweizer Wirtschaft zulässig ist, kann also auch hier bei erfolgreichen Wettbewerbshandlungen die Wiederholungsgefahr im Sinne einer *praesumptio hominis* vermutet werden³⁰.

Grundlage der Vermutung ist neben der vorherigen Begehung und der Möglichkeit einer Wiederholung der Erfolg der betreffenden Handlung. Nun ist es aber sehr schwierig, den betriebswirtschaftlichen Nutzen einer einzelnen Wettbewerbshandlung zu eruieren³¹, um zu entscheiden, ob sie erfolgreich war oder nicht. Immerhin kann aber aufgrund des vom Antragsteller erlittenen Schadens auf den Erfolg einer Wettbewerbshandlung geschlossen werden; verursachte sie nämlich einem Konkurrenten einen Schaden, d.h. verschlechterte sie dessen Wettbewerbsposition, so hat sie mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die relative Wettbewerbsposition des Handelnden verbessert³² und ist somit als erfolgreich zu betrachten. Der Richter kann damit also grundsätzlich davon ausgehen, dass eine Wettbewerbshandlung erfolgreich war und die Wiederholungsgefahr zu vermuten ist, wenn der Antragsteller seinen Schaden glaubhaft gemacht hat³³.

Nun besteht aber bei jeder Vermutung im Sinne einer *praesumptio hominis* die Gefahr, dass in einzelnen Fällen die vermutete Tatsachenlage mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt und der Richter deshalb zuungunsten der von der Vermutung belasteten Partei von falschen Tatsachen ausgeht. Daher ist zu untersuchen, ob das Auftreten dieser Fälle die Vermutung nicht als unbillig erscheinen lässt. Dazu müssen die Interessen der zu Unrecht von der Vermutung betroffenen Antragsgegner gegen die Interessen derjenigen Antragsteller abgewogen werden, denen die Vermutung zu Recht hilft. Die Interessen der zu Unrecht von der Vermutung betroffenen Antragsgegner sind dabei wesentlich geringer einzustufen als die der Antragsteller, die ohne Vermutung in Beweisnot kämen und deshalb mit ihrem Massnahme-

28 Vgl. M. Kummer, Anwendungsbereich, S. 14 ff und vor allem 51 f.

29 A. Vogt, Eilbedürfnis, S. 1503; H.-G. Borck, Wiederholungsgefahr, S. 2722, und W.L. Pastor bei Reimer, S. 78 ff., machen dagegen keine Beschränkung auf die erfolgreichen Werbebehandlungen.

30 Offensichtlich a.M. ZR 54 (1955) Nr. 102, wo ein positiver Nachweis der Wiederholungsgefahr verlangt wird.

31 Vgl. dazu S. 10 f.

32 Dies gilt nur für diejenigen seltenen Wettbewerbshandlungen nicht, die auch noch die Wettbewerbsposition des Antragsgegners selbst in Mitleidenschaft ziehen.

33 Vgl. A. Briner, Vorsorgliche Massnahmen, S. 158; offenbar a.M. Blum/Pedrazzini, Anm. 4 zu Art. 72 PatG.

antrag keinen Erfolg hätten; wird einem Antragsgegner trotz fehlender Wiederholungsgefahr eine bestimmte Tätigkeit verboten, so erleidet er keinen Schaden, da er die verbotene Tätigkeit offenbar auch schon ohne Verbot eingestellt hätte. Daher ist diese Vermutung auch von der Interessenlage der Beteiligten her gerechtfertigt.

Die Vermutung der Wiederholungsgefahr kann jedoch nicht Platz greifen, wenn andere gewichtigere Indizien gegen eine Wiederholung sprechen; besteht gegen den Antragsgegner bereits ein mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB verbundener Massnahmeentscheid oder gar ein Unterlassungsurteil in derselben Sache, so ist dadurch die Gefahr einer Wiederholung ausgeschlossen, da allgemein angenommen werden kann, dass sich ein Wettbewerber an gerichtliche Anordnungen hält³⁴. Ein gegenüber einem Dritten abgegebenes Unterlassungsversprechen³⁵ dagegen schliesst die Wiederholungsgefahr nicht aus, da die Durchsetzung dieses Versprechens ganz im Belieben des betreffenden Dritten steht³⁶.

c) Die Aufhebung der Wiederholungsgefahr

Im folgenden soll nun untersucht werden, was der Antragsgegner unternehmen kann, um eine durch die Vermutung oder den positiven Nachweis glaubhaft gemachte Wiederholungsgefahr aufzuheben.

Die einfache Erklärung des Antragsgegners, Handlungen von der Art der vorgeworfenen nicht mehr vorzunehmen, genügt prinzipiell nicht³⁷. Eine derartige Erklärung allein gibt dem Antragsteller ja keine Gewähr dafür, dass es wirklich nicht mehr zu den verletzenden Handlungen kommt³⁸. Auch die vertragliche Verpflichtung, die betreffenden Handlungen inskünftig zu unterlassen, kann nicht genügen, um die Wiederholungsgefahr aufzuheben, da ein solcher Vertrag nicht dazu geeignet ist, den Antragsgegner wirkungsvoll an Wiederholungen zu hindern. Der vertragliche Schadenersatz, den der Antragsteller in einem Wiederholungsfalle fordern kann, ist ebenso schwer beweisbar wie ein Schadenersatz aus Art. 2 Abs. I lit. d UWG³⁹ und deshalb genauso wenig geeignet, den Antragsgegner von einer Wiederholung abzuhalten⁴⁰. Dies muss auch gelten, wenn es sich beim Antragsgegner um ein seriöses und grosses Unternehmen handelt, von dem an und für sich

34 Vgl. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 234; fällt eine parallele vorsorgliche Massnahme etwa wegen Fristablaufs nach Art. 12 Abs. I UWG dahin, so ist die Wiederholungsgefahr wieder gegeben.

35 Dazu S. 181.

36 Vgl. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 234.

37 Vgl. BGE 95 II 51 ff. Erw. 9; Verfügung des ER am HG ZH vom 29. März 1979 (Mitteilungen 1979, S. 131); vgl. Blum/Pedrazzini, Anm. 4 zu Art. 72 PatG.

38 W.L. Pastor bei Reimer, S. 89, unter Bezug auf die deutsche Praxis; BGE 102 II 122.

39 Vgl. S. 10 f.

40 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 151 f.

angenommen werden kann, dass es nicht vertragsbrüchig wird⁴¹. Allein das subjektive Kriterium der Vertrauenswürdigkeit des Antragsgegners rechtfertigt es nämlich nicht, den Antragsteller dazu zu zwingen, sich mit einem blossen Vertragsanspruch zufriedenzugeben und auf einen durch Strafandrohung nach Art. 292 StGB gesicherten Unterlassungsbefehl zu verzichten, der ihn wesentlich besser vor Wiederholungen schützt. Einen ähnlich wirksamen Schutz wie die Unterlassungsverfügung kann dem Antragsteller nur eine strafbewehrte Unterlassungserklärung geben⁴², d.h. das durch eine angemessene Konventionalstrafe gesicherte Versprechen, die inkriminierte Handlung zu unterlassen⁴³. Daher ist beim Abschluss einer derartigen Unterlassungserklärung auch anzunehmen, dass der Antragsgegner wirklich gewillt ist, von Wiederholungen abzusehen, was dazu führt, dass die Wiederholungsgefahr als aufgehoben zu betrachten und ein Verfügungsanspruch zu verneinen ist⁴⁴.

Wenn der Antragsgegner im Verfahren eine derartige Unterwerfungserklärung anbietet oder schon vorher angeboten hat, der Antragsteller die Annahme aber verweigert, so ist durch das Angebot allein, auch wenn es ernst gemeint war, die Wiederholungsgefahr nicht aufgehoben; ohne Annahme wird der Antragsgegner ja nicht daran gehindert, die betreffenden Handlungen weiterhin vorzunehmen⁴⁵. Ein Massnahmeerlass ist in diesem Falle aber dennoch wegen des in Art. 9 Abs. II UWG festgehaltenen Grundsatzes der Subsidiarität⁴⁶ ausgeschlossen, da nach diesem eine vorsorgliche Massnahme nur erlassen werden darf, wenn der Antragsteller die ihm drohenden Nachteile nicht auf andere Weise abwenden kann. Da es der Antragsteller mit dem Abschluss der angebotenen Unterwerfungserklärung jedoch in der Hand hatte, die ihm drohenden Nachteile zu vermeiden, kann nach der Ablehnung eines derartigen Angebots gemäss dem Grundsatz der Subsidiarität⁴⁷ keine vorsorgliche Massnahme mehr erlassen werden⁴⁸.

41 A.M.: W.L. Pastor bei Reimer, S. 75, 68.

42 "Unterwerfungsgrundsatz" der deutschen Praxis, vgl. W.L. Pastor bei Reimer, S. 66 f.

43 H.-G. Borck, Unterwerfungserklärung, S. 372.

44 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 98.

45 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 785.

46 Dazu eingehend S. 122.

47 In Deutschland, wo dieser Grundsatz unbekannt ist, wird der Verfügungserlass in derartigen Fällen wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses abgelehnt. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 527.

48 Detailliert S. 136 f. Zu streng ist der Entscheid des ER am HG ZH vom 14. Januar 1982 i.S. Denner gegen Bierbrauerverein (nicht publiziert), wo im Rahmen der Subsidiarität vom Antragsteller verlangt wird, dass er sich selbst aktiv um einen Vergleich bemühe. Vgl. dagegen BGE 94 I 14.

2. Der vorbeugende Unterlassungsanspruch

Dieser Anspruch ist wie der gewöhnliche Unterlassungsanspruch auf die Unterlassung einer bestimmten zukünftigen Tätigkeit gerichtet. Im Gegensatz zu diesem soll jedoch nicht die Wiederholung einer Tätigkeit verboten werden, sondern vorbeugend bereits das erstmalige Handeln. Damit dieser Anspruch gegeben ist, müssen zwei Tatbestandsmerkmale erfüllt sein; einerseits muss die betreffende Handlung gegen das UWG oder das KG verstossen, andererseits muss die Erstbegehungsgefahr⁴⁹ gegeben sein⁵⁰.

Beim Nachweis der Unlauterkeit bzw. der Kartellrechtswidrigkeit besteht die Schwierigkeit, dass eine Wettbewerbshandlung beurteilt werden muss, die noch gar nicht stattgefunden hat. Der Antragsteller muss dem Richter demnach die Widerrechtlichkeit einer zukünftigen Handlung glaubhaft machen⁵¹. Dies gelingt meist nur dann, wenn der Antragsgegner die betreffende Handlung selbst angekündigt hat und sich aus dieser Ankündigung genügend rechtsrelevante Informationen gewinnen lassen⁵² oder konkrete Vorbereitungshandlungen nachgewiesen werden können⁵³.

Im folgenden soll auf das Tatbestandsmerkmal der Erstbegehungsgefahr näher eingegangen werden.

a) *Der Begriff der Erstbegehungsgefahr*

Erstbegehungsgefahr ist die Gefahr, dass der Antragsgegner eine bestimmte rechtswidrige Handlung in der Zukunft zum erstenmal ausführt⁵⁴. Wie bei der Wiederholungsgefahr genügt dabei nicht die blosse Möglichkeit der Ausführung; auch hier muss eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit vorhanden sein⁵⁵.

49 Nach herrschender schweizerischer Lehre ist die Erstbegehungsgefahr Voraussetzung des Rechtsschutzinteresses und nicht Tatbestandsmerkmal; vgl. dazu die Ausführungen zur Wiederholungsgefahr, S. 35 f.

50 H.-G. Borck, Wiederholungsgefahr, S. 2721 f.

51 Vgl. BGE 97 II 93; J.-M. Grossen, La protection de la personnalité, S. 40.

52 Diese Möglichkeit besteht im Bereiche des Wettbewerbsrechts oft; lauterkeitswidrige Verkaufsveranstaltungen beispielsweise werden meist vorher in der Werbung angekündigt, und auch Vorkehren eines Kartells werden dem Betroffenen vorher angezeigt, um ihn unter Druck zu setzen (dazu S. 46 f.).

53 Vgl. die von A. Briner, Vorsorgliche Massnahmen, S. 158, erwähnten Indizien.

54 W.L. Pastor bei Reimer, S. 104.

55 BGE 99 II 347 (PatG).

b) *Der Nachweis der Erstbegehungsgefahr*

Das Vorliegen der Erstbegehungsgefahr kann bei Wettbewerbshandlungen im Gegensatz zur Wiederholungsgefahr nicht einfach vermutet werden, da hier dem Vermutungsschluss die Basis fehlt⁵⁶. Daher muss die Erstbegehungsgefahr immer positiv nachgewiesen werden⁵⁷. An diesen Nachweis müssen an sich höhere Anforderungen gestellt werden als an den der Wiederholungsgefahr⁵⁸, denn mit dem vorbeugenden Unterlassungsanspruch wird in die Interessen eines Konkurrenten eingegriffen, der sich noch keine Rechtswidrigkeit zuschulden kommen liess, während sich der gewöhnliche Unterlassungsanspruch gegen jemand richtet, der immerhin schon rechtswidrig in die Rechtssphäre des Antragstellers eingegriffen hat⁵⁹.

Sofern keine konkreten Vorbereitungshandlungen nachgewiesen werden können⁶⁰, kann der positive Nachweis der Erstbegehungsgefahr am besten unter Ausnützung der Äusserungen des Antragsgegners erbracht werden. Oft werden ja Wettbewerbshandlungen vorgängig angekündigt, wobei meist gleichzeitig noch der Zeitpunkt der Ausführung ersichtlich ist. So kann beispielsweise der Beginn von evtl. unlauteren Verkaufsveranstaltungen gewöhnlich aus der verkaufsvorbereitenden Werbung entnommen werden. Bei den Vorkehrungen und Massregeln des Kartellrechts ist die Lage ähnlich: Da diese meist dazu eingesetzt werden, den Betroffenen der Marktordnung eines Kartells zu unterwerfen, werden sie diesem vorgängig oft im Sinne einer letzten Drohung angekündigt⁶¹. Neben diesen vorprozessualen Äusserungen sind natürlich auch die Äusserungen des Antragsgegners im Prozess selbst zu beachten⁶². Wenn dieser während des Prozesses behauptet, dass er das Recht habe, eine bestimmte Handlung zu begehen, so legt dies den Schluss nahe, dass er dieses Recht auch ausnützen und die Handlung begehen werde⁶³. Somit kann also immer dann Erstbegehungsgefahr angenommen werden, wenn der Antragsgegner primär behauptet, dass die inkriminierte Handlung rechtmässig ist, und nicht in erster Linie das Vorliegen der Erstbegehungsgefahr bestreitet und nur im Eventualstandpunkt die Rechtmässigkeit der betreffenden Handlung behauptet. Dasselbe gilt aber auch, wenn ein Antragsgegner im Verfahren behauptet, dass er durch eine

56 F. Traub, Eilverfahren, S. 187.

57 J.-M. Grosse, La protection de la personnalité, S. 40, bezeichnet diesen Nachweis als unmöglich.

58 Gegen überhöhte Anforderungen: Beschluss des OG ZH vom 16. April 1973 (Mitteilungen 1974, S. 108 ff.) (PatG).

59 W.L. Pastor bei Reimer, S. 105.

60 Vgl. auch BGE 99 II 347, wo der Antragsgegner vorgängig bei der IKS eine Vetriebsgenehmigung beantragt hatte; vgl. die von A. Briner, Vorsorgliche Massnahmen, S. 158, erwähnten Indizien.

61 Dazu S. 46 f.

62 Vgl. die Argumentation in BGE 99 II 347, wo der Antragsgegner eine Sicherheitsleistung des Antragstellers verlangte und daraus geschlossen wurde, dass er die betreffende Handlung ausführen wolle.

63 F. Traub, Eilverfahren, S. 187.

Unterlassungsverfügung geschädigt werde, da er damit implizit zugibt, dass er die betreffende Handlung ausführen will⁶⁴.

Für die Aufhebung der einmal glaubhaft gemachten Erstbegehungsgefahr gelten die gleichen Grundsätze wie für die der glaubhaft gemachten Wiederholungsgefahr; sie kann nur durch den Abschluss einer Unterwerfungserklärung, die durch eine angemessene Konventionalstrafe gesichert ist, aufgehoben werden. Die blosser Erklärung des Antragsgegners oder ein ungesicherter Vertrag dagegen gibt dem Antragsteller zuwenig Schutz vor der Ausführung der betreffenden Wettbewerbs-handlung.

3. Der Beseitigungsanspruch

Der Beseitigungsanspruch, der in Art. 2 Abs. I lit. c UWG bzw. Art. 6 Abs. I KG erwähnt wird, ist auf die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes⁶⁵ gerichtet. In Wettbewerbssachen kann dieser rechtswidrige Zustand entweder körperlich greifbar sein, wie beispielsweise Plakatwände mit unlauteren Werbebotschaften⁶⁶, oder aber als andauernde immaterielle Wirkung einer rechtswidrigen Wettbewerbs-handlung, wie z.B. einer herabsetzenden Äusserung oder eines Boykottaufrufs, auftreten.

Der Beseitigungsanspruch richtet sich auf ein positives Tun; vom Beklagten wird verlangt, dass er den betreffenden Zustand beseitigt, indem er beispielsweise einen Boykottaufruf widerruft oder unlautere Plakate entfernt. Trotz dieser Leistungspflicht ist der Beseitigungsanspruch jedoch keine Unterart des Schadenersatzanspruches, wie dies *B. von Büren* annimmt⁶⁷. Im Gegensatz zum Schadenersatzanspruch, der Ersatz für einen bereits eingetretenen Schaden verschaffen soll, dient der Beseitigungsanspruch wie der Unterlassungsanspruch zur Vermeidung eines zukünftigen Schadens, weil durch die Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes Schäden verhindert werden sollen, die beim Weiterbestehen dieses Zustands in der Zukunft entstehen könnten⁶⁸. Er ist dabei aber nicht so stark mit dem Unterlassungsanspruch verwandt, dass man ihn als Unterart dieses Anspruchs bezeichnen könnte⁶⁹, da der Beseitigungsanspruch bezweckt, zukünftige schädigende Wirkungen von zurückliegenden Handlungen zu verhindern, während es Zweck des Unterlassungsanspruches ist, zukünftige schädigende Wirkungen von zukünftigen Hand-

64 Vgl. S. 37 f.

65 M. Kummer, Zivilrechtlicher Schutz, S. 107; P. Jäggi, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, S. 183.

66 Vgl. die Situation, die dem Entscheid des ER am BezG Zürich vom 27. Juli 1963 (erwähnt in: Mitteilungen 1964, S. 124 ff.) zugrunde lag; die gegen das LG verstossenden Plakate waren noch aufgestellt.

67 B. von Büren, Kommentar, S. 170, sieht den Unterschied nur in der Geld- bzw. Naturalrestitution.

68 A.M.: H.U. Walder-Bohner, Prozessuales zum Fall Rey gegen "TAT", S. 282, der die Funktion der Beseitigung darin sieht, bereits entstandenen Schaden zu mildern.

69 A.M.: B. von Büren, Kommentar, S. 169.

lungen zu vermeiden⁷⁰. Ausserdem geht der Unterlassungsanspruch seinem Wesen nach nicht auf eine positive Handlung, während es ja gerade Merkmal des Beseitigungsanspruchs ist, dass eine Beseitigungshandlung verlangt wird⁷¹.

Meist ist es zweckmässig, im Massnahmeantrag den gewöhnlichen Unterlassungsanspruch mit dem Beseitigungsanspruch zu kombinieren, um einerseits eine anhaltende schädigende Wirkung der letzten Verletzungshandlung zu beseitigen und andererseits Wiederholungen dieser Handlungen zu verhindern⁷². Auf diese Weise kann sich der Antragsteller am effektivsten schützen. So ist es bei herabsetzenden Äusserungen im Sinne von Art. 1 Abs. I lit. a UWG immer angezeigt, sowohl eine Beseitigung in Form einer Berichtigung wie auch die zukünftige Unterlassung zu verlangen.

Tatbestandsmerkmale des Beseitigungsanspruches sind die Rechtswidrigkeit⁷³ der betreffenden Handlung und deren anhaltende schädigende Wirkung⁷⁴. Ist der schädigende Zustand körperlich greifbar, so ergeben sich beim Nachweis seiner schädigenden Wirkung wesentlich weniger Schwierigkeiten als bei der Beurteilung von immateriellen Nachwirkungen abgeschlossener Wettbewerbshandlungen⁷⁵. Diese anhaltenden Wirkungen sind als negative Einstellung der Kunden körperlich nicht feststellbar⁷⁶ und können deshalb nur durch zeitraubende Kundenbefragungen nachgewiesen werden. Da für derartige Erhebungen im Massnahmeverfahren die Zeit fehlt, muss es in diesem genügen, wenn der Richter aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung mit hoher Wahrscheinlichkeit annehmen kann, dass eine bestimmte Wettbewerbshandlung eine anhaltend schädigende Wirkung zur Folge hat. So kann beispielsweise bei herabsetzenden öffentlichen Äusserungen immer angenommen werden, dass sie eine langanhaltende schädigende Wirkung verursachen.

Dasselbe gilt auch für Boykottaufrufe und für täuschende Werbung, die eine Marktverwirrung hervorgerufen hat.

70 J.-M. Grossen, *La protection de la personnalité*, S. 42; W.L. Pastor bei Reimer, S. 347; vgl. O. Jauernig, *Einstweilige Verfügung*, S. 1672 f.

71 Botschaft UWG 1942, S. 696.

72 P. Jäggli, *Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit*, S. 183.

73 In dieser Voraussetzung liegt der Unterschied zum selbständigen Gegendarstellungsanspruch, wie er vom Entwurf zur Teilrevision des ZGB (Persönlichkeitsschutz) vorgesehen ist. Dieser Gegendarstellungsanspruch hängt nur von der Betroffenheit in den persönlichen Interessen ab, nicht aber von der Rechtswidrigkeit der inkriminierten Behauptung. Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 646 f.

74 Nach schweizerischer herrschender Lehre ist die anhaltend schädigende Wirkung Voraussetzung des Rechtsschutzinteresses und nicht Tatbestandsmerkmal; M. Kummer, *Zivilprozessrechtlicher Schutz*, S. 110; Sträuli/Messmer, N. 3 zu § 51 ZPO; vgl. dagegen die Ausführungen S. 54 f. zur Wiederholungsgefahr.

75 Vgl. zu dieser Problematik: M. Kummer, *Zivilprozessrechtlicher Schutz*, S. 106 f.

76 W.L. Pastor bei Reimer, S. 345; vgl. A. Lüchinger, *Der privatrechtliche Schutz*, S. 327.

B. Die Anspruchsprüfung

Der Verfügungsanspruch muss vom Richter im Massnahmeverfahren überprüft werden, denn gemäss Art. 9 Abs. II UWG ist die Anspruchsprüfung Voraussetzung für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme⁷⁷. Deshalb kann de lege lata dem Vorschlag von D. Leipold⁷⁸, primär nur auf die Abwägung der Interessen der Betroffenen abzustellen und auf die Prüfung der materiellen Berechtigung zu verzichten, nicht gefolgt werden.

1. Die Glaubhaftmachung der tatsächlichen Grundlagen

a) *Der Begriff des Glaubhaftmachens*

Eine entscheidende Differenz zwischen Massnahmeverfahren und ordentlichem Prozess liegt in der unterschiedlichen Behandlung der Tatfrage; während im ordentlichen Verfahren eine behauptete Tatsache bewiesen, der Richter mithin also von ihrer Existenz überzeugt werden muss, genügt es zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme, dass sie glaubhaft gemacht wird, d.h. dass der Richter von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ihrer Existenz überzeugt wird⁷⁹. Nimmt man an, dass sich die richterliche Überzeugung quantifizieren und in Prozenten ausdrücken lasse⁸⁰, so kann der Spielraum der bei der Glaubhaftmachung nötigen Überzeugung⁸¹ mit 51–100% angegeben werden⁸². 50% stellen dabei nach herrschender Lehre und Praxis die untere Grenze der Glaubhaftmachung dar, weil in diesem Fall Existenz und Nichtexistenz der fraglichen Tatsachen genau gleich wahrscheinlich sind⁸³. Wie hinten noch eingehender zu zeigen ist, folgt diese Dissertation in diesem Punkt nicht der herrschenden Lehre, da nach der hier vertretenen Ansicht eine schwache Glaubhaftmachung durch eine hohe Dringlichkeit aufgewogen werden

⁷⁷ B. von Büren, Kommentar, S. 204.

⁷⁸ D. Leipold, Grundlagen, S. 53 f.

⁷⁹ D. Leipold, Grundlagen, S. 22; B. von Büren, Kommentar, S. 205; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 299; A. Troller, Immaterialgüterrecht, S. 1202; vgl. H.P. Ming, Vorsorgliche Massnahmen, S. 28 ff.; Sträuli/Messmer, N. 7, 10 zu § 110 ZPO; M. Guldener, Zivilprozessrecht, S. 323; F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 32; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, N. 1 zu § 294 I ZPO; BGE 104 Ia 408 ff.; 88 I 14 f.; Urteil des OG AG vom 24. Februar 1981 (Mitteilungen 1981, S. 160 ff.).

⁸⁰ Dazu eingehend S. 92 f.

⁸¹ Diese Überzeugung von der Existenz der betreffenden Tatsachen darf nicht mit der objektiven Wahrheit ihrer Existenz verwechselt werden, da diese im Gegensatz zur Überzeugung fast wie mit 100% angegeben werden kann (dazu J. Kaplan, Decision Theory, S. 107).

⁸² Der Unterschied vom Glaubhaftmachen und Beweisen ist in diesem Sinne nur ein quantitativer und kein prinzipieller. Vgl. H.-G. Borck, Zur Glaubhaftmachung, S. 776 f.; B. von Büren, Kommentar, S. 205.

⁸³ H.-G. Borck, Zur Glaubhaftmachung, S. 777; vgl. zu dieser unteren Grenze BGE 99 II 346 (PatG).

kann und deshalb keine absolute untere Grenze für die Glaubhaftmachung definiert werden kann⁸⁴.

In den meisten lauterkeitsrechtlichen Verfahren verursacht die Glaubhaftmachung keine Probleme. Bei allen Verstössen, die auf der Beeinflussung des Publikums durch Werbung, Produktgestaltung oder Verwendung von unlauteren Bezeichnungen beruhen, genügt die Vorlage des Werbeträgers bzw. des Produktes, um die rechtsrelevanten Tatsachen nicht nur glaubhaft zu machen, sondern sogar zu beweisen⁸⁵.

Bei kartellrechtlichen Fällen dagegen wird die Glaubhaftmachung meist durch die vorherige Ankündigung des Kartells oder der kartellähnlichen Organisation erleichtert, da viele Vorkehren und alle Massregeln dem Betroffenen vorgängig angekündigt werden, um ihn unter Druck zu setzen und ihn so noch vor dem meist teuren Vollzug zu unterwerfen⁸⁶. Mit dieser Mitteilung kann immerhin die inkriminierte Handlung bewiesen werden. Dem Antragsteller obliegt es dann aber noch, glaubhaft zu machen, dass die Beklagte ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation nach Art. 2 bzw. 3 KG und die Behinderung im Sinne von Art. 4 Abs. I erheblich ist⁸⁷.

Der Antragsteller sollte sich nie einfach mit dem Glaubhaftmachen begnügen, sondern, wenn immer möglich, versuchen, die betreffenden Tatsachen zu beweisen⁸⁸, auch wenn der Beweis einen gewissen Aufwand bedingt. Gelingt es ihm nämlich, schon im Massnahmeverfahren Beweis zu führen, so wird ihm keine Sicherheitsleistung auferlegt⁸⁹, und es ist ihm eher möglich, eine superprovisorische Massnahme zu erwirken⁹⁰. Ausserdem hat ein Massnahmeentscheid, der auf einem bewiesenen Sachverhalt beruht, prozesstaktisch einen höheren Wert als ein Entscheid, der nur auf einer relativ vagen Glaubhaftmachung basiert. Der obsiegende Antragsteller hat es mit einem derartigen Entscheid nämlich wesentlich leichter, den Antragsgegner zu einer Unterwerfungserklärung⁹¹ zu bewegen, da er ihn einfacher davon überzeugen kann, dass sich der Ausgang des ordentlichen Verfahrens nicht von dem des Massnahmeverfahrens unterscheiden wird.

84 Dazu S. 90 f.

85 H.-G. Borck, Zur Glaubhaftmachung, S. 778; Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz, Eingabe, S. 353; vgl. z.B. Entscheid des ER am BezG Winterthur vom 12. Mai 1981 (Mitteilungen 1981, S. 170 ff.), Vorlage der sklavisch nachgeahmten Produkte.

86 Vgl. die im Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 26. Januar 1977 (VKK 1977, S. 242 ff.) und im Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 218 ff.) erwähnten Ankündigungen.

87 Vgl. dazu die Glaubhaftmachungslage im Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 26. Januar 1977 (VKK 1977, S. 242 ff., vor allem 244); die Behinderung war durch die Mitteilung des Kartells bewiesen worden; nur noch Erheblichkeit und Kartelleigenschaft waren umstritten.

88 Vgl. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 297; vgl. Entscheid des Appellationshofes des Kt. BE vom 24. Oktober 1977 (VKK 1978, S. 55).

89 Vgl. S. 49 f.

90 Vgl. S. 146 f.

91 Dazu: S. 180 f.

b) Die Glaubhaftmachungslast

Im folgenden soll abgeklärt werden, ob die allgemeinen Regeln über die Beweislastverteilung auch für die Glaubhaftmachungslast bei der gewöhnlichen vorsorglichen Massnahme gelten⁹².

Die aus Art. 8 ZGB abgeleiteten Regeln über die Beweislastverteilung gelten an und für sich für jedes kontradiktorische zivilprozessuale Verfahren, bei dem über bundesprivatrechtliche Ansprüche entschieden wird⁹³. Bei der normalen vorsorglichen Massnahme gibt es keinen sachlichen Grund, von diesen Regeln abzuweichen⁹⁴. Allein die Tatsache, dass der Antragsteller seinen Anspruch nur glaubhaft machen muss, rechtfertigt eine derartige Abweichung nicht. Die Gleichbehandlung der Parteien ist auch ohne eine Umkehr der Glaubhaftmachungslast gewährleistet, weil der Antragsteller rechtshindernde und rechtsaufhebende Tatsachen ebenfalls nur glaubhaft zu machen braucht und auch einen Gegenbeweis nur auf der Basis des Glaubhaftmachens führen muss⁹⁵. Deswegen kann also dem Teil der deutschen Lehre, der postuliert, dass der Antragsteller die Nichtexistenz der rechtsaufhebenden oder -hindernden Tatsachen glaubhaft zu machen habe, solange sie nicht völlig in der Sphäre des Antragsgegners liegen⁹⁶, nicht gefolgt werden. Die Formulierung von Art. 9 UWG, "den Verstoß gegen Treu und Glauben glaubhaft zu machen", kann auch nicht analog zur oben erwähnten deutschen Lehre in dem Sinne interpretiert werden, dass der Antragsteller die gesamte Rechtswidrigkeit, also auch die Nichtexistenz der Rechtfertigungsgründe, glaubhaft zu machen hat⁹⁷, denn die Materialien zum UWG geben für eine derartige Interpretation gar keine Anhaltspunkte.

Aus diesen Gründen ist also die zum Teil in der Schweiz auf dem Gebiete des Kartellrechts verfolgte Praxis, dem Antragsteller die Glaubhaftmachung der Nichtexistenz der kartellrechtlichen Rechtfertigungsgründe aufzuerlegen⁹⁸, unrichtig⁹⁹.

92 Zur selben Frage bei der superprovisorischen Verfügung, S. 149 f.

93 M. Kummer, Berner Kommentar, Einleitungsband, N. 48 ff. zu Art. 8 ZGB. Die Bemerkung in N. 56 gilt nur für die vom kantonalen Zivilprozessrecht geordneten vorsorglichen Massnahmen.

94 F. Ostler, Wichtige Fragen, S. 715; J. Leubsdorf, The Standard, S. 547; I. Meier, Grundlagen, S. 225; Stein/Jonas/Grunsky, N. 10 zu § 920 DZPO; BGE 94 I 297; vgl. A. Kur, Beweislast, S. 131 ff.; vgl. F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 34.

95 C. Englert, Voraussetzungen, S. 372, beschreibt den Vorgang beidseitiger Glaubhaftmachung; O. Vogel, Probleme, S. 97; vgl. Entscheid des KG ZH vom 14. März 1977 (ZR 76 [1977] Nr. 38); BGE 103 II 290 (PatG); Beispiel für beidseitiges Glaubhaftmachen: Entscheid des OG ZH vom 12. Mai 1978 (SJZ 75 [1979], S. 213).

96 Dazu Stein/Jonas/Grunsky, N. 10 zu § 920 DZPO; vgl. O. Teplitzky, Schutzschrift, S. 374; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 298 f.

97 Vgl. H.-G. Borck, Kunstfehler, S. 275.

98 Entscheid des Appellationsgerichtspräsidenten BS vom 27. April 1965 (BJM 1965, S. 188).

99 H. Merz, Kartellgesetz, S. 74; Entscheid des OG ZH vom 21. April 1970 (VKK 1970, S. 239 ff., u.a. 243); BGE 96 I 297; L. Schürmann, Durchführung des Kartellgesetzes, S. 80.

c) *Die Glaubhaftmachungsmittel*

Verschiedene kantonale Zivilprozessordnungen lassen im summarischen Verfahren nicht alle Beweismittel zu; zum Teil werden Gutachten und Zeugen ausdrücklich ausgeschlossen¹⁰⁰.

Gerade in Wettbewerbssachen kann eine derartige Beschränkung sehr hinderlich sein, denn die Existenz oder Nichtexistenz gewisser Tatbestandselemente kann oft nur mit Hilfe dieser Mittel glaubhaft gemacht werden¹⁰¹. So kann die Unwahrheit gewisser Werbeaussagen (z.B. X-Diätprodukte immer ohne Zucker) nur mittels Gutachten (im erwähnten Beispiel durch eine chemische Analyse) glaubhaft gemacht werden¹⁰². Die planmässige Abwerbung von Personal durch einen Konkurrenten dagegen kann nur mit Zeugen glaubhaft nachgewiesen werden¹⁰³, während der von einer Wettbewerbsbehinderung betroffene Antragsteller die Erheblichkeit dieser Behinderung und die Marktmacht des Kartells oder der kartellähnlichen Organisation nur mittels Marktanalysen glaubhaft darlegen kann. Da gerade die in diesen Fällen erforderlichen Glaubhaftmachungsmittel von den kantonalen Zivilprozessordnungen oftmals ausgeschlossen werden, weil sie nicht sofort abgenommen werden können, stellt sich die Frage, ob nicht von Bundesrechts wegen ein Anspruch auf die Zulassung aller Beweismittel im Massnahmeverfahren besteht.

Zweck des Massnahmeverfahrens im Bereich des Wettbewerbsrechts ist, die provisorische Durchsetzung der wettbewerbsrechtlichen Realansprüche zu ermöglichen¹⁰⁴. Eine kantonale Beweismittelbeschränkung, die dies verhindert, verletzt Bundesrecht und ist daher wegen dessen derogatorischer Kraft¹⁰⁵ ungültig. Daher müssen im Massnahmeverfahren im Bereich von UWG und KG grundsätzlich alle Beweismittel zur Glaubhaftmachung zugelassen werden, auch wenn die betreffende kantonale Zivilprozessordnung eine Beschränkung vorsieht¹⁰⁶. Dies gilt auch für die Beschränkung auf die sofort verfügbaren Glaubhaftmachungsmittel, die, sofern sie nicht im Prozessrecht explizit enthalten ist, von der Lehre aus dem im Massnahmeverfahren geltenden Beschleunigungsgebot abgeleitet wird¹⁰⁷. Es ist nämlich nicht sachgerecht, dem Antragsteller die erfolgreiche Durchführung des Massnahmeverfahrens aus Gründen des Beschleunigungsgebotes zu verunmöglichen, um ihn damit ins wesentlich langsamere ordentliche Verfahren zu verweisen.

100 Vgl. dazu I. Meier, Grundlagen, S. 144; vgl. DZPO § 294 Abs. II, der die Beschränkung auf präsenste Beweismittel statuiert, dazu H.-G. Borck, Kunstfehler, S. 275.

101 Vgl. die Situation bei patentrechtlichen Massnahmeverfahren, wo auch oft ein Gutachten nötig ist. Entscheid des KG ZH vom 21. Mai 1974 (Mitteilungen 1975, S. 56 f.).

102 Vgl. das im Beschluss des OG des Kt. ZH vom 12. Mai 1978 (Mitteilungen 1978, S. 147 ff.) erwähnte Verfahren.

103 Urteil des Appellationsgerichts ausschusses BS vom 27. April 1965 (BJM 1965, S. 190 ff.).

104 Vgl. S. 13.

105 Dazu Y. Hangartner, Grundzüge I, S. 67 ff.

106 A. Troller, Immaterialgüterrecht, S. 1205; vgl. Beschluss des OG ZH vom 29. Oktober 1969 (Mitteilungen 1969, S. 163 ff., vor allem 166), dazu C. Englert, Voraussetzungen, S. 372.

107 I. Meier, Grundlagen, S. 296; F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 33.

Immerhin ergeben sich zum eben dargelegten Grundsatz gewisse Einschränkungen. Aus dem blossen Erfordernis des Glaubhaftmachens ergibt sich, dass im Bereich der Parteiaussagen keine formellen Beweisaussagen abgenommen werden, weil der Richter einer gewöhnlichen Parteiaussage bereits Glauben schenken kann¹⁰⁸. Ausserdem kann der Richter die Abnahme langwieriger Beweismittel ablehnen, wenn das Verfahren schon ohne diese spruchreif ist, d.h. die rechtsrelevanten Tatsachen bereits glaubhaft gemacht wurden¹⁰⁹. Der betroffenen Partei steht es aber frei, diese Beweismittel später in einem Verfahren zur Abänderung des Massnahmeentscheides vorzubringen.

d) Glaubhaftmachung und Sicherheitsleistung¹¹⁰

Art. 921 DZPO sieht ausdrücklich vor, dass eine ungenügende Glaubhaftmachung durch die Sicherheitsleistung des Antragstellers kompensiert werden kann¹¹¹. Diese Ansicht wird zum Teil auch in der schweizerischen Praxis vertreten¹¹².

Nun stellt sich aber die Frage, ob eine derartige Aufrechnung von Glaubhaftmachung und Sicherheitsleistung im Bereich des Wettbewerbsrechts zulässig ist. Dies könnte nur dann bejaht werden, wenn die Sicherheitsleistung des Antragstellers das erhöhte Risiko einer Fehlentscheidung, das sich aus dem Verzicht auf volle Glaubhaftmachung ergibt, wirklich kompensieren kann. Die Sicherheitsleistung des Antragstellers hat den Zweck, die Vollstreckung eines evtl. Schadenersatzanspruchs des Antragsgegners gemäss Art. 12 Abs. II UWG zu sichern¹¹³. Da dessen gerichtliche Durchsetzung, wie hinten noch zu zeigen ist, aber meist am Schadensbeweis scheitert¹¹⁴, kann sie die erhöhte Gefährdung des Antragsgegners, die durch den Massnahmeerlass ohne volle Glaubhaftmachung verursacht wird, normalerweise nicht verkleinern. Nur in den Fällen, in denen der Antragsgegner allein wegen der drohenden Insolvenz des Antragstellers fürchten muss, dass er keinen Schadenersatz erhält, kann eine Sicherheitsleistung seine Gefährdung vermindern und somit eine schwächere Glaubhaftmachung kompensieren. Damit muss also festgestellt werden, dass eine schwache Glaubhaftmachung der anspruchsbegründenden Tatsachen im Normalfall nicht durch eine hohe Kautio im Sinne von Art. 10 Abs. I UWG wettgemacht werden kann.

108 Vgl. M. Guldener, Zwangsvollstreckungsrecht, S. 33.

109 Vgl. Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 13. Mai 1976 (VKK 1977, S. 235).

110 Zur Sicherheitsleistung und ihrer Wirkung: S. 166 f. und 106 ff.

111 H.-G. Borek, Zur Glaubhaftmachung, S. 777; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 300 f.; Stein/Jonas/Grunsky, N. 4 zu § 936 DZPO.

112 Vgl. die bei I. Meier, Grundlagen, S. 162, dargestellte Praxis des BezG Zürich, nach der die Höhe der Sicherheit von der Intensität der Glaubhaftmachung bestimmt wird.

113 Dazu S. 166 f.

114 S. 157 ff.

Immerhin hat aber eine besonders gute Glaubhaftmachung einen Einfluss auf die Höhe der Sicherheitsleistung; werden die anspruchsbegründenden Tatsachen im Massnahmeverfahren bewiesen, muss dem Antragsteller keine Sicherheitsleistung auferlegt werden, weil in diesem Falle ein Schadenersatzanspruch des Antragsgegners ausgeschlossen ist¹¹⁵, sofern die Rechtslage ebenfalls genügend klar ist.

2. Die Behandlung der Rechtsfrage

a) Die Behandlung der Rechtsfrage nach der Lehre

aa) Weitgehender Verzicht auf Rechtsprüfung

*D. Leipold*¹¹⁶ vertritt die Meinung, dass der Richter im Massnahmeverfahren, ausser bei völlig klaren Fällen, von einer Prüfung der Rechtslage gänzlich absehen und seinen Entscheid nur auf die Abwägung der Interessen der Betroffenen abstützen sollte. Er begründet diesen Verzicht damit, dass eine umfassende Rechtsprüfung im Massnahmeverfahren zu einem Entscheid führe, der das ordentliche Verfahren unerwünschterweise präjudiziert.

bb) Summarische Rechtsprüfung

O. Vogel und auch *Sträuli/Messmer*¹¹⁷ treten für eine rein summarische Rechtsprüfung ein. Eine vorsorgliche Massnahme ist danach immer dann zu gewähren, wenn die Rechtsposition des Antragstellers nicht völlig aussichtslos ist, d.h. wenn ein "fumus boni iuris"¹¹⁸ vorhanden ist.

115 H.-G. Borck, Zur Glaubhaftmachung, S. 777; I. Meier, Grundlagen, S. 161; F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 40 f.

116 D. Leipold, Grundlagen, S. 93 ff.; dazu Grunsky, Grundlagen, S. 281 f.

117 O. Vogel, Probleme, S. 97; Sträuli/Messmer, N. 7 zu § 110 ZPO; F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 34.

118 O. Vogel, Probleme, S. 97, entnimmt diesen Ausdruck der Tessiner Praxis: Rep. 108 (1975), S. 254; vgl. BGE vom 18. März 1981 (Mitteilungen 1982, S. 206) und Entscheid des KG ZH vom 13. Januar 1966 (ZR 65 Nr. 122); dagegen aber Entscheid des KG ZH vom 14. März 1977 (ZR 76 Nr. 38), Beschränkung der summarischen Rechtsprüfung auf sichernde Massnahmen.

cc) Vollständige Rechtsprüfung

Verschiedene Autoren, darunter auch *G. Leuch*¹¹⁹, postulieren, dass im Massnahmeverfahren eine möglichst umfassende Rechtsprüfung vorgenommen werden sollte, die der im ordentlichen Verfahren um nichts nachsteht. Dabei geht *W.L. Pastor* sogar so weit, dass er vom Richter verlangt, auf den Erlass einer vorsorglichen Massnahme zu verzichten, wenn die Rechtsfrage so komplex ist, dass sie in der naturgemäss kurzen Zeit des Massnahmeverfahrens nicht umfassend gelöst werden kann¹²⁰.

b) Die Behandlung der Rechtsfrage in der Praxis

Sowohl in Deutschland¹²¹ wie auch in der Schweiz fällt auf, dass die Gerichte für die Behandlung der Rechtsfrage im Massnahmeverfahren annähernd dieselbe Sorgfalt aufwenden wie bei den rechtlichen Erwägungen im ordentlichen Verfahren. Besonders gut sichtbar ist dies bei den kartellrechtlichen Entscheiden, die alle in den Veröffentlichungen der Kartellkommission publiziert werden und bei denen deshalb immer Massnahmeentscheid und ordentliches Urteil verglichen werden können¹²². Wie hinten auf S. 93 zu zeigen ist, hat die Beurteilung des geltend gemachten Anspruches und damit auch die der Rechtsfrage im Massnahmeverfahren eine andere Funktion als im ordentlichen Verfahren. Der Richter muss im Massnahmeverfahren keine endgültige Entscheidung treffen, sondern bloss im Sinne einer Hauptsachenprognose abschätzen, wie die endgültige Entscheidung ausfallen wird.

Trotz dieser anderen Funktion sollte der Richter aber eine möglichst genaue Rechtsprüfung vornehmen, um seine Hauptsachenprognose auf eine sichere Grundlage zu stellen.

119 G. Leuch, N. 3 zu Art. 326 ZPO; M. Kummer, Grundriss, S. 265; I. Meier, Grundlagen, S. 225.

W. Grunsky, Grundlagen, S. 282; Stein/Jonas/Grunsky, N. 6 zu § 935 DZPO; vgl. J. Leubsdorf, Standard, S. 546 f. und 556 f.; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, N. A1 zu § 922 DZPO; F. Baur, Studien, S. 33, allerdings nur im Bereiche der Leistungsverfügung; E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 120.

120 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 265; vgl. Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 6. Januar 1966 (VKK 1967, S. 323 ff., vor allem 326).

121 K. Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 46; D. Leipold, Grundlagen, S. 20 ff.; F. Baur, Arrest, S. 607; vgl. Urteil des OLG Stuttgart vom 12. September 1963 (NJW 1964, S. 48 ff.).

122 Vgl. etwa Entscheid des Gerichtspräsidenten I von Biel vom 2. November 1976 (VKK 1978, S. 51); Entscheid des Appellationshofes des Kt. BE vom 24. Oktober 1977 (VKK 1978, S. 55) (in der gleichen Sache); Entscheid des OG ZH vom 20. Februar 1970 (VKK 1970, S. 229); Entscheid des OG ZH vom 21. April 1970 (VKK 1970, S. 239); Entscheid des ER am BezG Zürich vom 1. Oktober 1968 (VKK 1969, S. 313). Zum UWG: Urteil des OG ZH vom 25. Mai 1966 (ZR 67 [1968] Nr. 41).

c) *Persönliche Auffassung*

Wie vorne auf S. 13 gezeigt, bezweckt die vorsorgliche Massnahme im Bereich des Wettbewerbsrechts normalerweise nicht die Sicherung eines Anspruchs, sondern dessen provisorische Durchsetzung. Dadurch wird der Antragsgegner bei einer materiell unrichtigen vorsorglichen Massnahme oft irreparabel geschädigt, da er den Schadenersatzanspruch, der ihm gemäss Art. 12 Abs. II UWG zusteht, wegen Beweisschwierigkeiten meist nicht durchsetzen kann¹²³. Die Gefahr einer derartigen Schädigung wird durch eine rein summarische Rechtsprüfung natürlich erhöht, da diese zwangsläufig zu einer Häufung von materiell unrichtigen Massnahmeentscheiden führen muss, während durch eine seriöse Rechtsprüfung eine grosse Zahl von materiell falschen Entscheiden vermieden werden kann¹²⁴. Ausserdem verletzt die nur summarische Rechtsprüfung auch den Grundsatz der Gleichheit der Parteien im Zivilprozess¹²⁵, denn der Antragsteller wird dadurch, dass eine vorsorgliche Massnahme schon dann erlassen wird, wenn seine Rechtsposition nicht völlig ungerechtfertigt ist¹²⁶, gegenüber dem Antragsgegner stark bevorzugt¹²⁷. Daher ist also wenigstens im Bereich des Wettbewerbsrechts im Sinne der herrschenden Praxis grundsätzlich an der vollständigen Rechtsprüfung festzuhalten.

Nun können sich aber gerade bei wettbewerbsrechtlichen Verfahren schwierige Rechtsprobleme stellen, die der Richter innerhalb der Zeit, die ihm für dieses Verfahren zur Verfügung steht, nicht lösen kann¹²⁸. So ist ein Einzelrichter eines Bezirksgerichts oft kaum in der Lage, ein komplexes kartellrechtliches Rechtsproblem innert weniger Tage zu entscheiden, da in diesem Gebiet wenig Präzedenzfälle vorhanden sind und kaum eine einhellige Lehre existiert. In derartigen Fällen ist natürlich die hier als richtig betrachtete vollständige und umfassende Rechtsprüfung nicht möglich, wenn der Massnahmeentscheid noch innert nützlicher Frist gefällt werden soll¹²⁹. Deshalb ist der Massnahmeantrag jedoch nicht einfach mit der Begründung abzulehnen, dass sich das Massnahmeverfahren nicht zur Lösung schwieriger Rechtsprobleme eigne¹³⁰; der Richter hat bei solchen Problemen, bei denen er nicht zur vollen Überzeugung der Richtigkeit einer Lösung kommt, vielmehr diejenige zu wählen, deren Richtigkeit ihm wahrscheinlicher erscheint¹³¹,

123 Dazu S. 157 ff.

124 J. Leubsdorf, Standard, S. 556 f.; F. Baur, Studien, S. 57.

125 E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 119.

126 Vgl. Entscheid des KG ZH vom 14. März 1977 (ZR 76 [1977] Nr. 38).

127 E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 119.

128 W. Grunsky, Besprechung Leipold, S. 362.

129 Vgl. P. Arens, Verfügungsanspruch, S. 78, mit Bezug auf die englische Praxis in Patent-sachen: vgl. Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 6. Januar 1966 (VKK 1967, S. 323).

130 E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 120; a.M. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 265; vgl. K. Pichler, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 31; vgl. Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 6. Januar 1966 (VKK 1967, S. 323).

131 Vgl. Stein/Jonas/Grunsky, N. 10 zu § 935 DZPO.

wobei dann an die Stelle einer umfassenden Abklärung der Rechtslage eine möglichst umfassende treten muss¹³².

Der Richter steht bei derart komplexen Fällen genau betrachtet vor einem Optimierungsproblem¹³³; einerseits muss er die Rechtslage möglichst genau abklären, andererseits muss er aber den Entscheid innerhalb einer vernünftigen Zeitspanne fällen, um die Gefahr einer Schädigung des Antragstellers zu vermindern. Sobald er erkennt, dass er einen Fall bei vollständiger Rechtsprüfung nicht schnell genug entscheiden kann, muss er deshalb je nach dem Interesse des Antragstellers an einer schnellen Entscheidung entweder mit einer unvollständigen Rechtsprüfung rasch entscheiden oder aber den Entscheid noch so lange zurückhalten, bis er eine vollständige Rechtsprüfung vorgenommen hat¹³⁴.

Wie weiter hinten (S. 93) noch zu zeigen ist, kann der Richter aber auch bei voller subjektiver Überzeugung von der Richtigkeit seiner rechtlichen Würdigung die Wahrscheinlichkeit für das Obsiegen der betreffenden Partei nicht mit 100% veranschlagen, da er immer einkalkulieren muss, dass der Richter im Hauptverfahren auch anders entscheiden könnte.

III. Der Verfügungsgrund (Dringlichkeit)

A. Die Behandlung des Verfügungsgrundes in der schweizerischen Praxis

Gemäss Art. 9 Abs. II UWG kann eine vorsorgliche Massnahme nur verfügt werden, wenn der Antragsteller glaubhaft¹³⁵ macht, dass ihm ohne deren Erlass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Er muss damit also dem Richter glaubhaft darlegen, dass er in der Zeit vom möglichen Erlass einer vorsorglichen Massnahme bis zum ordentlichen Urteil durch die wettbewerbsrechtswidrigen Handlungen des Antragsgegners Nachteile erleidet, die im ordentlichen Urteil nicht mehr ausgeglichen werden können¹³⁶. Nun stellt sich natürlich die Frage, wann Schäden, die durch wettbewerbsrechtswidrige Wettbewerbshandlungen verursacht werden, nicht mehr leicht ausgeglichen werden können. Bei Schädigungen in den ökonomischen Interessen, wie sie durch Wettbewerbshandlungen typischerweise verursacht werden, besteht prinzipiell immer die Möglichkeit eines nachträglichen Ausgleichs durch Schadenersatz, weil der Schaden zumindest theoretisch immer in Geld quantifiziert werden kann. Daher kann ein durch Wettbewerbshandlungen entstandener Schaden im ordentlichen Verfahren theoretisch auch immer ausgeglichen werden. Diese rein theoretische Möglichkeit des Schadensausgleichs

132 Zur Frage, ob eine hohe Sicherheit eine nur unsichere rechtliche Beurteilung kompensieren kann, gilt das vorne auf S. 49 f. Gesagte.

133 Zum Problem vgl. F. Baur, Studien, S. 19.

134 Vgl. E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 119.

135 Zum Begriff des Glaubhaftmachens: S. 45 ff.

136 Vgl. O. Vogel, Probleme, S. 96.

genügt aber den meisten Gerichten nicht. Sie beachten auch die praktische Durchsetzbarkeit des Schadenersatzanspruches: In der Mehrzahl aller Entscheide wird angenommen, dass ein Schaden nicht leicht wiedergutzumachen ist, wenn seine Höhe nicht oder nur schwer zu beweisen ist, weil dann der Schadenersatzanspruch wegen Beweisschwierigkeiten nicht durchsetzbar ist¹³⁷. Dabei wird davon ausgegangen, dass sich der betriebswirtschaftliche Effekt einer einzelnen unlauteren oder kartellrechtswidrigen Handlung normalerweise nicht nachweisen lässt¹³⁸. Immerhin muss aber nach bundesgerichtlicher Praxis ein drohender Schaden substantiiert werden; der Hinweis darauf, dass unlautere Werbung erfahrungsgemäss zu einer Schädigung der Konkurrenz führt, genügt nicht¹³⁹.

Neben der gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Schadenersatzanspruchs wird aber meist noch berücksichtigt, ob ein evtl. Schadenersatzurteil auch vollstreckbar sei, d.h. ob der Antragsgegner überhaupt in der Lage ist, einen allfälligen Schadenersatz zu leisten¹⁴⁰. Deshalb ist nach herrschender Gerichtspraxis ein Schaden auch dann nicht leicht wiedergutzumachen, wenn der Antragsgegner den Schadenersatz voraussichtlich nicht bezahlen kann¹⁴¹.

Damit liegt also nach herrschender Praxis nur dann kein nicht leicht wiedergutzumachender Schaden vor, wenn im Zeitpunkt des Massnahantrags feststeht, dass der Antragsgegner solvent ist und der Schaden, der durch die inkriminierte Wettbewerbshandlung verursacht wird, in einem ordentlichen Prozess klar bewiesen werden kann. Letzteres wird allerdings selten angenommen; nur bei kartellrechtlichen Diskriminierungsfällen wurde bisher der Schaden als leicht beweisbar betrachtet, weil er sich als Differenz zwischen normalen und diskriminierenden Geschäftsbedingungen berechnen lässt¹⁴².

137 F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 16; Entscheid des Gerichtspräsidenten II von Burgdorf vom 1. Juli 1971 (VKK 1971, S. 311 ff.); Entscheid des ER des BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 218 ff., vor allem 226); Entscheid des Präsidenten des HG SG vom 9. Juni 1977 (Mitteilungen 1977, S. 178 ff.); Verfügung des ER am OG ZH vom 30. Juni 1981 (Mitteilungen 1981, S. 109 ff.) (URG); Beschluss des OG ZH vom 30. Oktober 1981 (Mitteilungen 1982, S. 198); vgl. im weiteren die in der Kasuistik, S. 88 ff., erwähnten Entscheide.

138 Dazu ausführlich: S. 10 f.; vgl. Verfügung des FR am HG ZH vom 14. Januar 1982 i.S. Denner AG gegen Bierbrauerverein (nicht veröffentlicht); vgl. Verfügung des BezG Zürich vom 29. April 1976 (Mitteilungen 1976, S. 232); vgl. die Argumentation von W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 242 f.; vgl. A. Briner, Vorsorgliche Massnahmen, S. 160.

139 BGE vom 2. Mai 1978 i.S. Lattotex Degen AG gegen Birchler & Co. AG (Mitteilungen 1978, S. 216 ff.).

140 F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 16 f.; BGE 94 I 111 f. (PatG); Entscheid des Appellationsgerichtspräsidenten BS vom 10. April 1974 (Mitteilungen 1976, S. 104 ff.); Entscheid des OG Luzern vom 13. Oktober 1959 (SJZ 58 [1962], S. 108); Verfügung des ER am OG ZH vom 30. Juni 1981 (Mitteilungen 1981, S. 109 ff.) (URG).

141 A. Troller, Immaterialgüterrecht II, S. 1203; O. Vogel, Probleme, S. 96, mit kritischer Anmerkung zu dieser Praxis.

142 Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 218 ff., vor allem 226); vgl. aber den sehr strengen Entscheid des Appellationsgerichtspräsidenten BS vom 10. April 1974 (Mitteilungen 1976, S. 104) (Boykott); vgl. dagegen Patentrecht: Beschluss der Cour de justice civile GE vom 23. Juli 1974 (Mitteilungen 1975, S. 54 ff.).

Eine andere als die oben dargestellte Ansicht wurde dagegen vom Einzelrichter am Handelsgericht Zürich in einem kartellrechtlichen Entscheid vertreten¹⁴³. Danach wird der Begriff des nicht leicht wiedergutzumachenden Schadens sehr eng ausgelegt und rein auf die theoretische Möglichkeit des Nachteilsausgleichs durch einen Schadenersatzanspruch abgestellt. Dies führt dazu, dass das Vorliegen eines nicht leicht wiedergutzumachenden Schadens verneint wird, solange diese theoretische Möglichkeit der Wiedergutmachung besteht. Dass ein Schaden wegen Beweisschwierigkeiten nicht leicht zu ersetzen sein kann, wird dabei unter Hinweis auf den Wortlaut von Art. 9 Abs. II UWG ausdrücklich abgelehnt. Diese These wird mit der Überlegung gestützt, dass der Gesetzgeber, hätte er auch den schwer beweisbaren Schaden einbeziehen wollen, Art. 9 Abs. II UWG entsprechend formuliert oder die Voraussetzung des nicht leicht ersetzbaren Nachteils ganz weggelassen hätte, weil im Bereich des Wettbewerbsrechts fast jeder Schaden nur schwer zu beweisen sei.

M.E. ist diese enge Auslegung des Begriffs des nicht leicht wiedergutzumachenden Schadens jedoch abzulehnen. Sie ist mit der Absicht des Gesetzgebers, dem Antragsteller die provisorische Vollstreckung der Realansprüche in all den Fällen zu gewähren, in denen durch das Urteil im ordentlichen Verfahren kein späterer Schadensausgleich mehr möglich ist, nicht zu vereinbaren; dem Gesetzgeber ging es bei der Formulierung der Voraussetzungen der vorsorglichen Massnahme nicht um den theoretischen Bestand eines Schadenersatzanspruches, sondern um die praktische Möglichkeit des Schadensausgleichs. Die vom Handelsgericht Zürich vertretene Auslegung ist ausserdem auch nicht logisch in sich geschlossen: Obwohl sie grundsätzlich auf den theoretischen Bestand eines Schadenersatzanspruches abstellt und die Frage der praktischen gerichtlichen Durchsetzung dieses Anspruchs nicht beachtet, berücksichtigt sie Probleme, die bei der Vollstreckung eines Schadenersatzurteils auftreten können, da festgestellt wird, dass ein Schaden nicht leicht wiedergutzumachen ist, wenn der Antragsgegner einen evtl. Schadenersatz nicht bezahlen kann. Wird aber die Vollstreckung des Schadenersatzurteils berücksichtigt, so scheint es logisch unhaltbar, das vorgelagerte Problem der praktischen gerichtlichen Durchsetzung des Schadenersatzanspruches nicht zu beachten.

In einigen Urteilen kommt zum Ausdruck, dass die Zerstörung der wirtschaftlichen Existenz des Antragstellers als nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil zu betrachten ist. Dies obwohl grundsätzlich ja die Möglichkeit bestehen würde,

143 Verfügung des ER am HG Zürich vom 14. Januar 1982 i.S. Denner AG gegen Bierbrauerverein (nicht veröffentlicht); vgl. Entscheid des KG ZH vom 23. März 1982 (ZR 1982, Nr. 71) in der gleichen Sache und BGE 108 II 229, wo diese Ansicht als zumindest nicht willkürlich bezeichnet wurde; Verfügung des ER am HG ZH vom 6. August 1981 (Mitteilungen 1982, S. 166) (MSchG); Urteil des Appellationshofes Bern vom 22. März 1978 (Mitteilungen 1978, S. 186) (PatG); ähnlich gelagert auch der Entscheid des Appellationsgerichtspräsidenten BS vom 10. April 1974 (Mitteilungen 1976, S. 104 ff.), wo die Beweisbarkeit weit ausgelegt wird; vgl. auch die alte amerikanische Praxis, wo gleich argumentiert wurde: *Foundry Services, Inc. v. Benflux Corp.* 206 F2d 214 (2nd Circ. 1953) mit der kritischen concurring opinion von Judge Learned Hand; heute ist diese Betrachtungsweise in der amerikanischen Praxis überwunden.

unter Vernachlässigung der persönlichkeitsrechtlichen Komponente¹⁴⁴ den rein materiellen Schaden, der dem Wert des betreffenden Geschäftsbetriebes entspricht, durch einen Schadenersatzanspruch auszugleichen¹⁴⁵.

In der schweizerischen Praxis wird unabhängig von der Frage des nicht leicht wiedergutzumachenden Schadens die Dringlichkeit verneint, wenn der Antragsteller mit seinem Antrag ungebührlich lange zuwartet, obwohl er von den rechtswidrigen Handlungen Kenntnis hatte¹⁴⁶. Dabei wird allerdings berücksichtigt, wie sich der Antragsteller in dieser Zeit verhielt; suchte er den Vergleich mit dem Antragsgegner, so wird die Dringlichkeit auch nach längerem Zuwarten noch bejaht¹⁴⁷.

Nur in ganz wenigen Urteilen, wobei aber insbesondere BGE 108 II 232 zu erwähnen ist, wird in der Gerichtspraxis die Wirkung der vorsorglichen Massnahme auf die Interessen des Antragsgegners beachtet¹⁴⁸ und berücksichtigt, dass ihm durch die Anordnung der Massnahme ein Schaden entsteht, den er wegen Beweisschwierigkeiten nicht über eine Schadenersatzklage nach Art. 12 Abs. II UWG ausgleichen kann¹⁴⁹. Von diesen Entscheiden abgesehen, werden die Interessen des Antragsgegners aber nur im Rahmen der Überlegungen zur inhaltlichen Gestaltung der Massnahme beachtet¹⁵⁰. Das Bundesgericht stellte in einem patentrechtlichen Entscheid sogar fest, dass die Gefährdung der Existenz des Antragsgegners durch die vorsorgliche Massnahme kein Grund dafür sei, von ihrer Anordnung abzuweichen¹⁵¹. In der schweizerischen Praxis werden aber auch kaum je öffentliche Interessen oder Interessen von Drittpersonen berücksichtigt¹⁵². Der Gefährdung des Wettbewerbs wird daher ebensowenig Beachtung geschenkt wie den Interessen der Verbraucher oder der bei einem der Kontrahenten angestellten Arbeitnehmer¹⁵³. Immerhin wird das Interesse der letzterwähnten Gruppe an der Existenz ihres

144 Vgl. S. 72 f.

145 Entscheid des Appellationsgerichtspräsidenten BS vom 10. April 1974 (BJM 1975, S. 197 ff.).

146 Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 13. Mai 1976 (VKK 1977, S. 235, vor allem 237). Entscheid des Obergerichtspräsidiums TG vom 8. Mai 1970 (ROT 1970, Nr. 29) (PatG); Verfügung des ER am HG ZH vom 29. August 1980 (Mitteilungen 1982, S. 89 ff.) (PatG); F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 13 f.

147 Entscheid des ER am BezG Zürich vom 25. August 1969 (VKK 1969, S. 340).

148 BGE 94 I 10 ff. (PatG) schliesst die Beachtung der Interessen des Antragsgegners sogar ausdrücklich aus.

149 Urteil des Appellationsgerichtsausschusses BS vom 27. April 1965 (Mitteilungen 1967, S. 140); vgl. auch den Entscheid des Zivilgerichtspräsidenten BS vom 14. März 1967 (PatG), erwähnt in BGE 94 I 8 ff., wo der Massnahmeerlass wegen der Existenzgefährdung des Antragsgegners abgelehnt wurde; BGE 108 II 232.

150 Vgl. BGE 94 I 10 (PatG); A. Troller, Immaterialgüterrecht II, S. 1204; I. Meier, Grundlagen, S. 158; vgl. aber neu BGE 108 II 231 f., wo eine Interessenabwägung vorgenommen wird, und Entscheid des OG ZH vom 10. November 1971 (Mitteilungen 1972, S. 63) (PatG).

151 BGE 94 I 10 f. (PatG); Entscheid des KG ZH vom 13. Oktober 1975 (Mitteilungen 1976, S. 199 ff., vor allem 201); A. Troller, Immaterialgüterrecht II, S. 1204.

152 Ausnahme: Urteil des Appellationsgerichtsausschusses BS vom 27. April 1965 (Mitteilungen 1967, S. 140), wo die Interessen der Arbeitnehmer bei einem Abwerbeverbot berücksichtigt wurden.

153 Vgl. aber das in FN 152 erwähnte Urteil.

Arbeitgebers indirekt gewahrt, weil die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz des Antragstellers die Dringlichkeit zu begründen vermag. Dies gilt allerdings nur für die Arbeitnehmer des Antragstellers, nicht jedoch für die des Antragsgegners, da nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Gefährdung der Existenz des Antragsgegners durch die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme kein Grund dafür ist, von dieser abzusehen¹⁵⁴.

Kasuistik

Dringlichkeit bejaht

Kartellrecht

– Liefersperre (Drogerieartikel)

Eine Discountdrogerien-Kette wurde von vier Grosshändlern, die 30% des Sortiments lieferten, nicht mehr beliefert.

Entscheid des Appellationshofes des Kt. BE vom 24. Oktober 1977 (VKK 1978, S. 55 ff.).

– Liefersperre (Drogerieartikel)

Eine Discountdrogerien-Kette wurde von vier Grosshändlern, die 30% des Sortiments lieferten, nicht mehr beliefert.

Entscheid des Präsidenten des BezG Arbon vom 12. Juli 1976 (VKK 1977, S. 237 ff.).

– Liefersperre (Mineralwasser)

Ein Discount-Mineralwasserhändler wurde von den Produzenten nicht mehr zu Depositärbedingungen, sondern nur noch zu wesentlich höheren Preisen beliefert.

Entscheid des Gerichtspräsidenten von Niedersimmental vom 23. August 1976 (VKK 1977, S. 239); dazu Entscheid des Appellationshofes des Kt. BE vom 13. Oktober 1976 (VKK 1977, S. 240 ff.).

– Aussperrung von Messe (Landmaschinen)

Ein Landmaschinenhändler, der zu niedrigen Preisen importierte Landmaschinen anbot, wurde von der Schweizerischen Landmaschinenschau, der wichtigsten Verkaufsmesse, die von einem machtbherrschenden Verband durchgeführt wird, ausgeschlossen.

Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 26. Januar 1977 (VKK 1977, S. 242).

– Gezielte Unterbietung und Konkurrenzierung (Carfahrten)

Ein Unternehmen, das sehr billige Ausflugsfahrten anbot und dabei noch Haushaltgeräte verkaufte, wurde von den Mitgliedern des marktbeherrschenden Verbandes der Carbesitzer ganz gezielt unterboten. Ablehnung des Massnahmeerlasses aus materiellrechtlichen Erwägungen.

Entscheid des Gerichtspräsidenten II von Burgdorf (VKK 1971, S. 311).

– Liefersperre (Bier)

Ein Grossverteiler wurde von den Mitgliedern des Schweizerischen Bierbrauervereines nicht mehr beliefert.

Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 218); dazu Entscheid des OG ZH vom 21. April 1970 (VKK 1970, S. 239); BGE 96 I 297.

– Liefersperre (Parfum)

Zwei Parfumerien, die gewisse Rabatte gewährten, wurden von den marktführenden Parfumerieherstellern nicht mehr beliefert.

Entscheid des ER am BezG Zürich vom 1. Oktober 1968 (VKK 1969, S. 313); dazu Entscheid des OG ZH vom 20. Februar 1970 (VKK 1970, S. 229).

– Liefersperre/Zeitablauf (Parfum)

Ein Parfumeriegeschäft, das gewisse Rabatte gewährte, wurde von den marktführenden Parfumerieherstellern nicht mehr beliefert.

Der Umstand, dass die Antragstellerin mit ihrem Antrag 15 Monate zuwartete, führte nicht zur Verneinung der Dringlichkeit, weil sie in der Zwischenzeit versucht hatte, einen Vergleich abzuschliessen.

Entscheid des ER am BezG Zürich vom 25. August 1969 (VKK 1969, S. 340).

– Liefersperre (Spirituosen)

Ein Spirituosengrossist, der sich nicht an die Preisbindung hielt, wurde von den Herstellern und Importeuren von 174 marktführenden Spirituosen nicht mehr beliefert.

Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 25. Juli 1966 (VKK 1967, S. 327).

Lauterkeitsrecht

– Irreführende Werbung

Eine Wochenzeitschrift veröffentlichte einen irreführenden Vergleich mit einer Tageszeitung bezüglich der Beachtung von Inseraten durch die Leser.

Beschluss des OG ZH vom 12. Mai 1978; dazu Entscheid des Kassationsgerichtes ZH vom 2. Oktober 1978 (Mitteilungen 1978, S. 147 = SJZ 75 [1979], S. 209 = ZR 77 [1978], S. 250).

– Verwendung ähnlicher Kennzeichnungsmerkmale

Ein Händler liess seine Sportschuhe mit vier parallelen Streifen kennzeichnen, so dass sie einer bekannten Marke, welche drei parallele Streifen verwendet, sehr ähnlich sahen.

Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 25. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 178).

– Arbeiterabwerbung

Ein Unternehmen warb planmässig Mitarbeiter eines anderen Unternehmens ab, wobei die betreffenden Personen dazu überredet wurden, den bestehenden Arbeitsvertrag oder die Konkurrenzverbotsklausel zu verletzen.

Urteil des Appellationsgerichtsausschusses BS vom 27. April 1965 (Mitteilungen 1967, S. 140 ff.).

– Irreführende Äusserungen eines Dritten

Ein beratender Ingenieur verbreitete in seinem periodisch erscheinenden Mitteilungsblatt herabsetzende Äusserungen über Kalksandstein als Baumaterial.

Urteil des OG ZH vom 25. Mai 1966 (Mitteilungen 1969, S. 76 = ZR 67 [1968] Nr. 41).

– Nachgeahmte Apparate

Ein Apparatehersteller vertrieb einen nachgeahmten Apparat, bezeichnete ihn als Produkt eigener geistiger Tätigkeit und bereitete sich darauf vor, ihn an einer Messe auszustellen. Die Massnahme wurde später aus materiellen Gründen aufgehoben.

Verfügung des ER am BezG Zürich vom 17. Juni 1959 (erwähnt in ZR 60 [1961] Nr. 67).

– Verwendung von Fabrikationsgeheimnissen

Angestellte hatten Fabrikationsgeheimnisse ausgekundschaftet und Maschinenteile entwendet, um einen Konkurrenzbetrieb zu eröffnen.

(Erwähnt in BGE 88 II 319 ff.)

- Durchführung eines Wettbewerbs, der gegen das Lotteriegesetz verstösst
 Eine Getränkefirma führte einen Wettbewerb durch. Um einen Teilnahmechein zu erhalten, musste der Konsument aber eine Flasche des betreffenden Getränks kaufen.
 Verfügung des ER am BezG Zürich vom 27. Juli 1963; Beschluss des OG ZH vom 18. Oktober 1963 (Mitteilungen 1964, S. 124 ff.).
- Führen einer verwechselbaren Firma
 Zwei Unternehmen verwendeten Firmen mit gleichem Hauptbestandteil.
 Beschluss des HG ZH vom 28. Mai 1970 (erwähnt in Mitteilungen 1971, S. 189).
- Herabsetzende Äusserungen
 Ein Wettbewerber verbreitete verschiedene unwahre Äusserungen über seinen Konkurrenten, u.a. auch, dass dieser vor dem Konkurs stehe.
 Verfügung der Justizkommission des OG LU vom 3. Dezember 1976 (erwähnt in Mitteilungen 1977, S. 198).
- Führen einer verwechselbaren Firma
 Die Firma ELFORA unterschied sich zu wenig von der älteren Firma ELORAG.
 Verfügung des BezG Zürich vom 29. April 1976 (Mitteilungen 1976, S. 232 f.).
- Ausnützen von Betriebsgeheimnissen
 Ein Unternehmen veröffentlichte in Mitteilungen an Kunden Daten, welche Betriebsgeheimnisse eines Konkurrenzbetriebes waren.
 Verfügung des ER am BezG Zürich vom 25. Juni 1976; Beschluss des HG ZH vom 2. September 1977 (Mitteilungen 1978, S. 232).
- Parallelimporte
 Ein Handelsunternehmen importierte Gläser, obwohl die Verantwortlichen wussten, dass ein anderes Unternehmen einen Alleinvertriebsvertrag für die Schweiz hatte.
 Ordonnance de la Cour de céans GE vom 13. April 1973 (erwähnt in Sem.jud. 100 [1978], S. 465 = Mitteilungen 1979, S. 136).
- Täuschende Werbung
 Ein Bettenfabrikant warb mit dem Slogan "das ärztlich empfohlene Schlafsystem", ohne ärztliche Empfehlungen nachweisen zu können.
 Beschluss des OG ZH vom 22. November 1978 (erwähnt in Mitteilungen 1979, S. 170 ff.).

– Verwechselbare Produkte

Ein Händler vertrieb “Rubik”-Würfel, welche dem Original in Form und Farbe und Verpackung sehr ähnlich sahen.

Beschluss des OG ZH vom 30. Oktober 1981 (Mitteilungen 1982, S. 190 ff.).

Dringlichkeit verneint

Kartellrecht

– Liefersperre (Bier)

Ein Grossverteiler wurde von den Mitgliedern des Bierbrauervereins nicht mehr beliefert, da er sich nicht mehr an die Preisbindung hielt.

Entscheid des ER am HG ZH vom 14. Januar 1982 i.S. Denner AG gegen Bierbrauerverein (nicht veröffentlicht); dazu Entscheid des Kassationsgerichtes ZH vom 23. März 1982 (ZR 1982, Nr. 71) und BGE 108 II 228 ff. mit Interessenabwägung.

– Preisunterbietung (Werbeschriftenverteilung)

Ein Verteiler von unadressierten Werbedrucksachen wurde durch gezielte Preisunterbietungen behindert. Der Antrag wurde abgelehnt, weil drei Jahre zugewartet worden war.

Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 13. Mai 1976 (VKK 1977, S. 235 ff.).

– Preisdiskriminierung (Bier)

Einem Grossverteiler, der sich nicht an die Preisbindung hielt, wurde der sonst übliche Rabatt nicht mehr gewährt.

Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 218, vor allem 227).

– Boykott (Getreidetransporte)

Eine Getreidehandels- und -transportfirma, die Getreide mit der Bahn nach Basel transportierte, wurde durch eine Rabattvereinbarung der Rheinreedereien vom Markt verdrängt. Der Antrag wurde abgelehnt, weil angenommen wurde, dass der Schaden beweisbar sei.

Entscheid des Appellationsgerichtspräsidenten von BS vom 10. April 1974 (Mitteilungen 1976, S. 104 = BJM 1975, S. 197 ff.).

Lauterkeitsrecht

— Täuschende Inserate

Für ein nicht patentiertes Produkt wurde unter Hinweis auf ein Patent geworben. Der Antragstellerin gelang es nicht, den drohenden Nachteil zu substantiieren; das Gericht betrachtete den möglichen Nachteil als sehr gering.

BGE vom 2. Mai 1978 i.S. Lattotflex Degen AG gegen Birchler & Co. AG (Mitteilungen 1978, S. 216 ff.).

— Verwechselbare Produkte

Ein Händler brachte "Rubik"-Würfel auf den Markt, die dem Original in Form, Farbe und Verpackung ähnlich waren. Die Dringlichkeit wurde unter Hinweis auf die Möglichkeit des Schadenersatzes verneint.

Verfügung des ER am BezG Zürich vom 7. Januar 1981 (Mitteilungen 1982, S. 192).

B. Die Behandlung des Verfügungsgrundes im deutschen Recht

Gemäss §§ 940 und 935 DZPO setzt die Anordnung einer einstweiligen Verfügung voraus, dass Dringlichkeit gegeben ist, wobei für deren Vorliegen ebenfalls entscheidend ist, dass der Antragsteller ohne Erlass einer einstweiligen Verfügung in seinen Interessen gefährdet ist¹⁵⁵. Im Bereiche der lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsansprüche bestimmt jedoch § 25 DUWG, dass eine einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen auch dann erlassen werden kann, wenn die in §§ 935, 940 DZPO festgelegten Voraussetzungen nicht erfüllt sind¹⁵⁶. Diese Bestimmung wird von der Praxis und der herrschenden Lehre dahingehend ausgelegt, dass zugunsten des Antragstellers das Vorliegen der Dringlichkeit im Sinne einer gesetzlichen Tatsachenvermutung zu vermuten ist¹⁵⁷. Dieser Auslegung, die vor allem auf der Absicht des Gesetzgebers basiert, den Verfügungserlass im Bereiche des Wettbewerbs zu erleichtern, steht die Ansicht von *D. Leipold* entgegen. *D. Leipold* betrachtet

155 Stein/Jonas/Grunsky, N. 7 zu § 940 und N. 11 ff. zu § 935 DZPO.

156 Dies gilt auch für Ansprüche aus dem Rabattgesetz: Urteil des OLG Hamburg vom 11. Juli 1974 (WRP 1974, S. 641); aus der Zugabeverordnung, aus dem Warenzeichenrecht: Urteil des LG Hamburg vom 2. März 1973 (WRP 1974, S. 175); vgl. Baumbach/Hefermehl, N. 2 zu § 25 DUWG; nicht jedoch für urheber-, patent- oder gebrauchsmusterrechtliche Ansprüche, R. Klaka, Praxis, S. 596; W. Hadding, Zur einstweiligen Verfügung, S. 35, bezieht auch Ansprüche aus GWB ein; vgl. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 256 f.

157 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 241, 246 f.; Baumbach/Hefermehl, N. 3 ff. zu § 25 DUWG; F. Baur, Arrest, S. 611; K. Vinck, Vermutung, S. 292 f.; A. Vogt, Abmahnung, S. 1500; H.-G. Borck, Wiederholungsgefahr, S. 2723; K. Piehler, Einstweilige Verfügung, S. 49 ff.; L. Wenzel, Einstweilige Verfügung, S. 414; vgl. Urteil des OLG Frankfurt vom 29. Februar 1968 (GRUR 1970, S. 48); a.M. E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 155 f.; D. Leipold, Grundlagen, S. 136 ff.

diese Bestimmung als Reaktion auf ein Reichsgerichtsurteil, das den Erlass einer einstweiligen Verfügung im Bereich des Wettbewerbsrechts ablehnte, weil das Wettbewerbsverhältnis kein Rechtsverhältnis im Sinne von § 940 DZPO sei¹⁵⁸. Daher legt er § 25 DUWG in dem Sinne aus, dass dieser nur das Erfordernis eines besonderen Rechtsverhältnisses für den Bereich des Wettbewerbsrechts ausschalte, jedoch keine Dringlichkeitsvermutung begründe¹⁵⁹. Diese Ansicht, die zwar de lege ferenda gute Gründe für sich hat¹⁶⁰, kann jedoch de lege lata nicht mit der eben dargelegten historischen Auslegung begründet werden, da der Entwurf des DUWG, der die Regelung des späteren § 25 enthielt, wie *K. Piehler* nachweist, bereits einige Tage vor dem betreffenden reichsgerichtlichen Urteil fertiggestellt wurde¹⁶¹.

Die Vermutung der Dringlichkeit kann als *praesumptio iuris*¹⁶² durch die Glaubhaftmachung des Gegenteils umgestossen werden¹⁶³. Dem Antragsgegner steht es im konkreten Fall daher offen, glaubhaft zu machen, dass keine Dringlichkeit im Sinne des Verfügungsgrundes vorliege. Nach der Praxis der deutschen Gerichte kann z.B. geltend gemacht werden, dass keine Dringlichkeit gegeben sei, weil der Antragsteller durch die betreffende Wettbewerbshandlung gar keinen Schaden erleide¹⁶⁴ oder weil die zu untersagende Handlung in einem Zeitintervall wiederholt wird, der die Durchführung eines ordentlichen Verfahrens erlaubt¹⁶⁵. Meistens wird die Vermutung der Dringlichkeit aber dadurch widerlegt, dass der Antragsteller mit seinem Antrag zu lange zugewartet hat¹⁶⁶. Das Vorliegen der Dringlichkeit wird dann verneint, weil der Antragsteller durch sein Zuwarten zum Ausdruck gebracht hat, dass ihm die Anordnung einer einstweiligen Verfügung nicht besonders dringlich ist¹⁶⁷. Zu berücksichtigen ist dabei die Zeit, die von der

158 RGZ 35, 166, allerdings noch auf der Basis der CPO, die aber in diesem Bereich gleichlautende Bestimmungen enthielt (§ 919 CPO).

159 D. Leipold, Grundlagen, S. 136 ff.; vgl. E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 155 f.

160 Vgl. hinten, S. 65 ff., und D. Leipold, Grundlagen, S. 132 ff.

161 K. Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 59.

162 Zum Begriff: H.U. Walder-Bohner, Zivilprozessrecht, S. 338 ff.; a.M. K. Vinck, Vermutung, S. 292 f., der die Vermutung von § 25 DUWG als *praesumptio hominis* bezeichnet.

163 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 247 f.; Baumbach/Hefermehl, N. 7 zu § 25 DUWG.

164 Stein/Jonas/Grunsky, N. 9 zu § 940 DZPO.

165 Urteil des OLG Karlsruhe vom 19. September 1974 (WRP 1974, S. 693); vgl. die kritischen Anmerkungen von U. Doepner, S. 693 ff., vor allem 695 f.; Urteil des OLG Saarbrücken vom 12. Juli 1978 (WRP 1979, S. 76 ff.) "Grosses Schüler-Herbstferienangebot"; Baumbach/Hefermehl, N. 10 zu § 25 DUWG; H.-G. Borck, Die Zeit und ihr Vergehen, S. 522.

166 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 249, vgl. die Kasuistik, S. 255 f.; Baumbach/Hefermehl, N. 7 zu § 25 DUWG.

167 D. Wilke, Verbraucherverbände, S. 245; H.-G. Borck, Die Zeit, S. 521; U. Fritze, Bemerkungen, S. 293; H.-G. Borck, Wiederholungsgefahr, S. 2723; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 249 f.; Baumbach/Hefermehl, N. 7 zu § 25 DUWG; kritisch: A. Kur, Beweislast, S. 124 f.; umstritten ist, ob bei Vereinen zu berücksichtigen ist, dass sie nicht im eigenen, sondern im öffentlichen Interesse vorgehen, und deshalb ein längeres Zuwarten eher toleriert werden kann. Ablehnend: Beschluss des OLG Köln vom 23. April 1977 (WRP 1977, S. 419 f.); Baumbach/Hefermehl, N. 11 zu § 25 DUWG; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 248; H.-G. Borck, Die Zeit, S. 522; O. Teplitzky, Berücksichtigung, S. 117 f.; A. Vogt, Abmahnung, S. 1502. Bejahend: Urteil des OLG Hamburg vom 11. August 1977 (WRP 1977, S. 811 ff.).

positiven Kenntnis der unlauteren Handlung bis zum Antrag vergeht¹⁶⁸. Die Gerichte sind dabei allerdings verschieden streng¹⁶⁹; während beim OLG München die Dringlichkeit bereits nach vier Wochen verneint wird, tolerierten Hamburger Gerichte noch ein Zuwarten von bis zu sechs Monaten¹⁷⁰. Einige Gerichte berücksichtigen, im Rahmen der Widerlegung durch Zeitablauf, auch das Verhalten des Antragstellers im Rechtsmittelverfahren; nützt er die gesetzlichen Fristen bis zum letzten Tag aus oder beantragt er sogar ohne absolut zwingende Gründe eine Fristverlängerung, so wird zum Teil angenommen, dass die Dringlichkeit ebenfalls nicht mehr besteht¹⁷¹.

Die deutschen Gerichte haben es bis auf einige seltene Ausnahmen stets abgelehnt, bei der Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung zu berücksichtigen, dass der Antragsgegner durch die Anordnung einer einstweiligen Verfügung irreparabel geschädigt werden kann¹⁷². Damit wird also auch in Deutschland die Frage der Dringlichkeit in Wettbewerbsachen trotz einiger gewichtiger Gegenstimmen in der Literatur¹⁷³ rein von den Interessen des Antragstellers aus beurteilt¹⁷⁴. Anstelle dieser einseitigen Betrachtungsweise wollte der Entwurf des zweiten Gesetzes zur Änderung der DZPO eine Interessenabwägung setzen¹⁷⁵; einstweilige Verfügungen, die zur vorzeitigen provisorischen Anspruchserfüllung führen, sollten danach nur erlassen werden können, wenn die Interessen des Antragstellers am Verfügungserlass gewichtiger sind als die des Antragsgegners am Unterbleiben der Verfügung. Diese Revision wurde aber wegen der zum Teil sehr starken Opposition gerade in der wettbewerbsrechtlich orientierten Spezialliteratur¹⁷⁶ nie vorgenommen¹⁷⁷.

Die von § 25 DUWG vorgesehene Tatsachenvermutung wird von der herrschenden Lehre damit gerechtfertigt, dass die Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche ihrer Natur nach dringlich sei, weil ein Schadenersatz-

168 Das Zuwarten wegen Unkenntnis genügt nicht, auch wenn der Antragsteller die Rechtsverletzung bei gehöriger Marktbeobachtung hätte erkennen können. Baumbach/Hefermehl, N. 7 zu § 25 DUWG.

169 Baumbach/Hefermehl, N. 8 zu § 25 DUWG; R. Klaka, Praxis, S. 596; A. Vogt, Abmahnung, S. 1501.

170 H.-G. Borck, Kunstfehler, S. 277; R. Klaka, Praxis, S. 597.

171 Urteil des OLG Oldenburg vom 21. Januar 1971 (WRP 1971, S. 181 ff.); K. Klaka, Praxis, S. 597; H.-G. Borck, Wiederholungsgefahr, S. 2724; Baumbach/Hefermehl, N. 9 zu § 25 DUWG; H.-G. Borck, Die Zeit, S. 521. Ablehnend: U. Fritze, Bemerkungen, S. 293; U. Krieger, Dringlichkeit, S. 169 ff.; A. Vogt, Abmahnung, S. 1501 f.

172 Ausnahmen: Urteil des LG Hamburg vom 2. März 1973 (WRP 1974, S. 176); Urteil des LG Hamburg vom 8. Januar 1975 (WRP 1975, S. 184); Urteil des OLG Düsseldorf vom 25. Oktober 1968 (BB 1969, S. 65); Urteil des OLG Stuttgart vom 2. August 1961 (GRUR 1962, S. 526).

173 Stein/Jonas/Grunsky, N. 9 zu § 935 DZPO und N. 12 zu § 940 DZPO; H. Altendorf, Vorläufiges Verfahren, S. 20 f.; vgl. U. Fritze, Bemerkungen, S. 292; E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 156.

174 Vgl. den im Urteil des LG Hamburg vom 2. März 1973 (WRP 1974, S. 176) erwähnten Grundsatz; Baumbach/Hefermehl, N. 6 zu § 25 DUWG.

175 Text bei K. Piehler, Einstweilige Verfügung, S. 295.

176 Vgl. H.-G. Borck, Befriedigungsverbot, S. 239 ff.; Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Eingabe, S. 353.

177 Zum Scheitern: E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 48 f.

anspruch erfahrungsgemäss wegen Beweisschwierigkeiten nicht durchgesetzt werden könne¹⁷⁸. Zum Teil wird auch geltend gemacht, dass die Durchsetzung der wettbewerbsrechtlichen Ansprüche deshalb schnell erfolgen müsse, weil die Interessen der Konsumenten ein rasches Verbot unlauterer Handlungen verlangen. *K. Piehler* dagegen, der die von der herrschenden Lehre angeführte Begründung wegen ihrer einseitigen Betrachtungsweise ablehnt, begründet die Dringlichkeitsvermutung mit dem lauterkeitsrechtlichen Institutsschutz¹⁷⁹: Der Wettbewerb als Institut könne nur durch eine schnelle Durchsetzung der wettbewerbsrechtlichen Verhaltensnormen geschützt werden, da er sonst über längere Zeit durch unlautere Praktiken verfälscht werde und so seiner wirtschaftskoordinierenden Funktion nicht mehr nachkommen könne¹⁸⁰.

C. Kritische Betrachtung der heute geltenden Konzeption der Dringlichkeit

Sowohl in der deutschen wie auch in der schweizerischen Praxis wird die Frage der Dringlichkeit trotz gewichtiger Gegenstimmen in der Literatur¹⁸¹ und trotz einiger entgegengesetzter Entscheide, wie insbesondere BGE 108 II 232, im allgemeinen rein aus dem Blickwinkel des Antragstellers beurteilt¹⁸², denn für das Vorliegen der Dringlichkeit ist, wie vorne dargestellt, in beiden Rechtsordnungen allein entscheidend, dass der Antragsteller wegen einer drohenden Schädigung ein dringendes Rechtsschutzbedürfnis hat. Dabei ist die Existenz dieses dringlichen Rechtsschutzinteresses in der Schweiz von Fall zu Fall glaubhaft zu machen, während sie in Deutschland generell vermutet wird. Bei dieser Argumentation wird aber nicht beachtet, dass der Antragsgegner durch die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, die sich später als materiell unrichtig erweist, eine erhebliche irreparable Schädigung erleiden kann und deshalb ein starkes dem Rechtsschutzinteresse des Antragstellers entgegenstehendes Interesse am Verzicht auf einen Massnahmeerlass hat¹⁸³. Die Schädigung, die der Antragsgegner erleidet, ist oft irreparabel, weil sie, trotz des in Art. 12 Abs. II UWG (bzw. § 945 DZPO) statuierten Schadenersatzanspruchs, häufig nicht ausgeglichen werden kann, da dieser Anspruch wegen

178 D. Wilke, Verbraucherverbände, S. 245; K. Piehler, Einstweilige Verfügung, S. 52; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 242 f.; vgl. A. Vogt, Abmahnung, S. 150; A. Kur, Beweislast, S. 121.

179 Vgl. U. Fritze, Bemerkungen zur einstweiligen Verfügung, S. 292; a.M. Baumbach/Hefermehl, N. 11 zu § 25 DUWG.

180 K. Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 217 ff.

181 Stein/Jonas/Grunsky, N. 9 zu § 935 DZPO und N. 12 zu § 940 DZPO; E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 156.

182 P. Arens, Verfügungsanspruch, S. 75; vgl. die Darstellung der Lehre und Praxis bei I. Meier, Grundlagen, S. 139. Leider übernimmt auch die im Entwurf für die Revision des Persönlichkeitsschutzes vorgesehene Regelung der vorsorglichen Massnahme diese Praxis.

183 U. Fritze, Bemerkungen zur einstweiligen Verfügung, S. 291; I. Meier, Grundlagen, S. 284 f.

Beweisschwierigkeiten meist nicht durchgesetzt werden kann¹⁸⁴. Die Beweisschwierigkeiten des Antragsgegners haben an sich die gleiche Ursache wie die des Antragstellers¹⁸⁵: Der betriebswirtschaftliche Effekt einer vorsorglichen Massnahme, die eine bestimmte Wettbewerbshandlung untersagt, kann genauso wenig exakt festgestellt werden wie der einer einzelnen schädigenden Wettbewerbshandlung, weil es kein praktisch durchführbares rechnerisches Verfahren gibt, um die Wirkung derartiger erfolgsrelevanter Einzelfaktoren aus dem von unzähligen Faktoren beeinflussten betrieblichen Gesamtergebnis herauszuschälen¹⁸⁶.

Zieht man diese Schädigung des Antragsgegners in Betracht, so wird deutlich, dass sich im Massnahmeverfahren, unabhängig vom Inhalt des Entscheides, immer für einen der Beteiligten die Gefahr einer irreparablen Schädigung durch einen materiell unrichtigen Entscheid ergibt, weil im Falle der Abweisung des Massnahmeantrags der Antragsteller, im Falle der Verfügung einer Massnahme dagegen der Antragsgegner einen irreparablen Schaden erleidet¹⁸⁷, wenn der Entscheid falsch ist.

Mit der deutschen und schweizerischen Praxis und ihrer einseitigen Betrachtungsweise kontrastiert auffällig die englische und amerikanische Rechtsprechung, die bei der Prüfung eines Massnahmeantrags die Dringlichkeit nicht in einseitiger Beachtung der Gefährdung des Antragstellers abklärt, sondern auf die balance of convenience abstellt. Dabei wird der mögliche Schaden, den der Antragsteller bei der Ablehnung des Massnahmeantrags erleidet, gegen den abgewogen, den der Antragsgegner beim Erlass einer Massnahme tragen muss¹⁸⁸. Dabei erhält diese Interessenabwägung oft sogar entscheidendes Gewicht, wenn die Rechts- oder Sachlage nicht völlig klar ist oder wenn einer der Beteiligten einen im Vergleich zur Gegenpartei wesentlich höheren Schaden erleidet. In einer allerdings stark kritisierten¹⁸⁹ Entscheidung stützte sich das englische House of Lords sogar allein auf die balance of convenience¹⁹⁰. Ähnlich wurde in den USA der Fall *Semmes*

184 D. Leipold, Grundlagen, S. 130 ff.; vgl. F. Baur, German Practices, S. 255; ders., Arrest, S. 607; E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 154 f.; K. Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 211 ff.; a.M. H.-G. Borck, Befriedigungsverbot, S. 243 f.

185 Dazu S. 10 f.

186 Genauer: S. 157 ff.

187 W. Grunsky, Leistungserbringung, S. 737; J. Leubsdorf, Standard, S. 541; F. Baur, German Practices, S. 611; ders., Arrest, S. 610; vgl. E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 156; diese Situation war Ausgangspunkt für die im Entwurf zum zweiten Gesetz über die Änderung der ZPO vorgesehene Revision von § 935 DZPO (dazu: S. 64 f.); vgl. Begründung Nr. 76 (abgedruckt bei K. Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 295 ff.); Injunctive Relief, S. 1025; I. Meier, Grundlagen, S. 51 f.

188 England: *Fellowes v. Fisher* (1975) 3 W.L.R. 184; A. Wilson, Interlocutory Injunction, S. 302; vgl. P. Arens, Verfügungsanspruch, S. 75. USA: Peterson, Observations, S. 276; Recent Developments, Probability of success, S. 165 ff.; Developments of the law – Injunctions, S. 1056; K. Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 129; Injunctive Relief, S. 1029; C.L. Hellerich, Imminent irreparable, S. 1031, 1051.

189 P. Prescott, Note on American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd., S. 168 ff.; A. Wilson, Interlocutory Injunction, S. 303.

190 American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd. (1975) 2 W.L.R. 316; dazu die Anmerkungen von P. Prescott, Note on American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd., S. 168 ff., und A. Gore, Interlocutory Injunction – Final Judgement, S. 672 ff.

Motors Inc. v. Ford Motor Co.¹⁹¹ entschieden, wo allein aufgrund der Gefahr einer starken Schädigung des Antragstellers eine Massnahme verfügt wurde¹⁹².

D. Die Notwendigkeit einer Interessenabwägung

Das von Art. 4 BV statuierte Prinzip der Rechtsgleichheit verlangt, dass die Parteien im Zivilprozess vor Gericht gleiche Rechte haben und ihre Interessen in gleicher Weise beachtet werden¹⁹³. Dieser Grundsatz wird nun verletzt, wenn die mögliche irreparable Schädigung des Antragstellers bei der Abklärung der Dringlichkeit berücksichtigt wird, die irreparable Schädigung, die der Antragsgegner beim Massnahmeerlass erleidet, dagegen gar nicht beachtet wird. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit verlangt vielmehr, dass auch die gegenläufigen Interessen des Antragsgegners berücksichtigt werden und die Dringlichkeit damit nicht mehr aufgrund einer einseitigen Betrachtung nur der Interessen des Antragstellers, sondern mittels einer Interessenabwägung abgeklärt wird¹⁹⁴. Fraglich ist nun, ob die Forderung nach einer Interessenabwägung nur de lege ferenda gestellt werden kann oder ob diese schon de lege lata dem Gesetz durch verfassungskonforme Auslegung zu entnehmen ist.

Vordergründig betrachtet, steht dieser Auslegung der Text von Art. 9 Abs. II UWG entgegen, der statuiert, dass für den Massnahmeerlass allein die drohende, nicht leicht wiedergutzumachende Schädigung des Antragstellers relevant ist und eine Interessenabwägung überhaupt nicht vorsieht. Da sich die Notwendigkeit der Interessenabwägung, wie vorne gezeigt, aus Art. 4 BV ergibt, ist eine verfassungskonforme Auslegung, die sich nicht mit dem Ergebnis der rein grammatikalisch-historischen deckt, prinzipiell möglich und auch geboten¹⁹⁵. Eine derartige Interpretation wäre nur dann ausgeschlossen, wenn sich der Bundesgesetzgeber bei der Gesetzgebung ganz bewusst über Verfassungsbestimmungen hinwegsetzen wollte,

191 429 F. 2d 1197 (2d Cir. 1970).

192 Dazu Recent Developments, Probability of success, S. 165 ff.

193 I. Meier, Grundlagen, S. 213; vgl. M. Kummer, Grundriss, S. 74.

194 Vgl. Stein/Jonas/Grunsky, N. 9 zu § 935 DZPO und N. 12 zu § 940 DZPO; H. Altendorf, Vorläufiges Verfahren, S. 20 f.; vgl. U. Fritze, Bemerkungen, S. 292; E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 156; vgl. auch vereinzelte Entscheide: Urteil des LG Hamburg vom 2. März 1973 (WRP 1974, S. 176); Urteil des LG Hamburg vom 8. Januar 1975 (WRP 1975, S. 184); Urteil des OLG Düsseldorf vom 25. Oktober 1968 (BB 1969, S. 65). Gegen eine Interessenabwägung wendet sich H.-G. Borck, Befriedigungsverbot, S. 243 f., wobei er vorbringt, dass diese die Durchsetzung materiell berechtigter vorsorglicher Massnahmen zu stark behindert, und statistisch belegt, dass 95% aller erfolgreichen Anträge materiell berechtigt sind. Diese Argumentation ist jedoch abzulehnen, da sie auf eine statistisch untermauerte Unrechtsvermutung zuungunsten des Antragsgegners hinausläuft, die vor Art. 4 BV keinen Bestand haben kann. Vgl. auch den Referentenentwurf des zweiten Gesetzes zur Änderung der ZPO und die amtliche Begründung (nicht veröffentlicht) bei K. Piehler, Einstweilige Verfügung, S. 295 ff.

195 Vgl. E.G. Campiche, Verfassungskonforme Auslegung, S. 26, mit Zitaten zur bundesgerichtlichen Praxis.

weil dann gemäss Art. 113 Abs. III BV der verfassungswidrige Gesetzestext und nicht eine verfassungskonforme Interpretation gilt¹⁹⁶. Bei der Abfassung von Art. 9 Abs. II UWG hatte der Gesetzgeber aber keineswegs die Absicht, die Interessen des Antragsgegners in verfassungswidriger Weise zu vernachlässigen. Er sah die einstweilige Beachtung der Interessen des Antragstellers nur deshalb vor, weil er glaubte, dass die Interessen des Antragsgegners durch die Anordnung der Haftung (Art. 12 Abs. II UWG) und der Sicherheitsleistungspflicht (Art. 10 Abs. I UWG) des Antragstellers genügend gewahrt würden¹⁹⁷. Da diese Bestimmungen sich in der Praxis jedoch nicht dazu eignen, die Interessen des Antragsgegners wirksam zu schützen¹⁹⁸, ist es deshalb mit dem Willen des Gesetzgebers durchaus zu vereinbaren, im Sinne einer verfassungsmässigen Interpretation von Art. 9 Abs. II UWG die Interessenabwägung bereits *de lege lata* zu postulieren¹⁹⁹. Ganz im Sinne der hier befürworteten Interessenabwägung nahm das Bundesgericht in einem neueren kartellrechtlichen Entscheid eine derartige Abwägung vor, ohne dabei allerdings zum Problem der Auslegung von Art. 9 Abs. II UWG oder zu den früher in BGE 94 I 10 (PatG) formulierten Grundsätzen Stellung zu nehmen²⁰⁰.

E. Die Interessenabwägung

1. Die relevanten Interessen

a) Allgemeines

Primär stellt sich die Frage, wessen Interessen bei einer derartigen Abwägung zu berücksichtigen sind, denn gerade im Wettbewerbsrecht werden neben dem Antragsteller und dem Antragsgegner oft noch weitere Personen und auch öffentliche Interessen durch den Erlass oder die Verweigerung einer vorsorglichen Massnahme berührt²⁰¹. Grundsätzlich muss die Antwort auf diese Frage dem materiellen Recht entnommen werden, weil die von diesem geschützten Interessen auch in der prozessrechtlichen Interessenabwägung berücksichtigt werden müssen²⁰²; das Prozessrecht

196 Y. Hangartner, Staatsrecht I, S. 197 f.

197 Entscheid des OG AG vom 27. August 1981 (Mitteilungen 1982, S. 201); BGE 94 I 11 (zum PatG); vgl. BGE 99 II 347.

198 Vgl. S. 157 ff.

199 A.M. BGE 94 I 10 f. (PatG), wobei aber der Interessenausgleich durch die Sicherheitsleistung überbewertet wird.

200 BGE 108 II 231 f.

201 Durch den richterlichen Befehl zur Produktionseinstellung sklavisch nachgeahmter Fabrikate werden z.B. auch die Interessen der Arbeitnehmer betroffen; an einem Verbot täuschender Werbung sind nicht nur die Konkurrenten, sondern auch die Kunden interessiert; vgl. Entscheid des Appellationsgerichtsausschusses BS vom 27. April 1965 (BJM 1965, S. 190 ff.), Abwerbung von Personal.

202 J. Leubsdorf, The Standard, S. 549; vgl. K. Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 226 f.

ist in seiner Wertung gegenüber dem materiellen Recht nicht unabhängig, sondern muss im Sinne einer dienenden Funktion²⁰³ der Wertung des materiellen Rechts folgen.

Ist der Kreis der relevanten Interessen einmal bestimmt, so muss festgelegt werden, wodurch die Höhe des konkret zu beachtenden Interesses am Erlass oder Nichterlass einer vorsorglichen Massnahme bestimmt wird. Ausgangspunkt für die Bemessung des Interesses einer Partei am Erlass bzw. Nichterlass einer vorsorglichen Massnahme muss der Schaden sein, den sie wegen der materiell unrichtigen Anordnung oder der Verweigerung einer vorsorglichen Massnahme erleidet²⁰⁴.

Nun ist aber nicht der gesamte Schaden, den eine Partei im Falle eines gegen sie gerichteten materiell unrichtigen Entscheides im Massnahmeverfahren erleidet, zu berücksichtigen, sondern, wie dies *J. Leubsdorf* postuliert²⁰⁵, nur der Teil des Schadens, der irreparabel ist²⁰⁶. Nur ein Schaden, der im späteren ordentlichen Verfahren nicht mehr ausgeglichen werden kann, kann zu einem beachtlichen dringenden Rechtsschutzinteresse führen; ein Schaden dagegen, der im ordentlichen Verfahren ausgeglichen werden kann, begründet kein legitimes Bedürfnis danach, seine Entstehung durch ein Verfahren zu verhindern, das nicht alle Richtigkeitsgarantien bietet und deshalb zu einem falschen Ergebnis und zu einer Schädigung der Gegenpartei führen kann²⁰⁷. Die Berücksichtigung des reparablen Schadens widerspricht auch dem Ziel der vorsorglichen Massnahme, den Schaden, der durch Zeitablauf bis zum ordentlichen Verfahren entsteht, möglichst gering zu halten: Sie kann dazu führen, dass wegen des stark überwiegenden, aber reparablen Schadens der einen Partei gegen die andere entschieden wird und diese deswegen in der Zeit zwischen Massnahmeentscheid und ordentlichem Verfahren einen Schaden erleidet, der später nicht mehr ausgeglichen werden kann. Zur Verdeutlichung des eben Gesagten kann ein Beispiel angeführt werden: Der marktbeherrschende Produzent A liefert dem Grossverteiler B seine Waren nicht mehr mit dem üblichen Rabatt von 15%, weil sich dieser beim Weiterverkauf nicht an die Preisbindung hält²⁰⁸, worauf B ein Massnahmebegehren auf Untersagung dieser Vorgehens stellt. Untersucht man nun die Schäden, die bei A und B im Falle der Verfügung bzw. Nichtverfügung in der Zeit bis zum Urteil im ordentlichen Verfahren eintreten können, so kommt man zum Ergebnis, dass im Falle der vorläufigen Untersagung dieser Vorgehens A dadurch ein Schaden droht, dass sein Preisbindungssystem möglicherweise zusammenbricht, da er es nicht mehr durchsetzen kann²⁰⁹, während B im Falle des Verzehrs auf eine vorsorgliche Massnahme einen Schaden im Betrage von 15% seines Bestellungsvolumens erleidet. Während der Schaden des A in seiner

203 U. Bölsterli, Öffentliches Interesse, S. 23.

204 Vgl. I. Meier, Grundlagen, S. 229 ff.; vgl. D. Leipold, Grundlagen, S. 53 f.

205 J. Leubsdorf, Standard, S. 541.

206 Vgl. C.L. Hellerich, Imminent Irreparable Injury, S. 1030.

207 J. Leubsdorf, Standard, S. 541.

208 Vgl. die Situation, die dem Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 218, vor allem 227) zugrunde lag (Verweigerung der bei Bierlieferungen üblichen Rückvergütung).

209 Vgl. die Überlegungen in BGE 108 II 232.

Höhe kaum beweisbar ist und er deshalb seinen nach Art. 12 Abs. II UWG theoretisch bestehenden Schadenersatzanspruch nicht durchsetzen kann, wenn der Massnahmeerlass materiell falsch war, ist der Schaden, den B erleidet, wenn er im Recht ist, jedoch keine vorsorgliche Massnahme erlassen wird, leicht zu berechnen, was dazu führt, dass B seinen Schadenersatzanspruch aus Art. 6 Abs. I KG ohne weiteres durchsetzen kann²¹⁰. Damit wäre also A im Falle der Verfügung einer materiell unrichtigen vorsorglichen Untersagung irreparabel geschädigt, während die Schädigung des B beim materiell unrichtigen Verzicht auf eine vorsorgliche Massnahme wiedergutzumachen wäre. Während die Abwägung der möglichen Schäden zu einem Ergebnis von vielleicht 1:1 und damit evtl. zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme führt, ergibt sich aus der Abwägung der irreparablen Schäden ein Verhältnis von 1:0, was die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme von vornherein ausschliesst.

Ausserdem stimmt die Bestimmung des relevanten Interesses durch den irreparablen Schaden im Gegensatz zur Berücksichtigung des gesamten Schadens auch mit der vome dargestellten verfassungskonformen Auslegung von Art. 9 Abs. II UWG überein. Einerseits wird in dieser Bestimmung nur der "nicht leicht ersetzbare", also irreparable Schaden des Antragstellers aufgeführt, andererseits wollte der Gesetzgeber die Interessen des Antragsgegners soweit wie möglich durch den Schadenersatzanspruch nach Art. 12 Abs. II UWG und die Sicherheitsleistung nach Art. 10 Abs. I UWG ausgleichen²¹¹, woraus sich ergibt, dass im Rahmen der Interessenabwägung nur dessen irreparabler Schaden berücksichtigt werden darf.

Die Methode von *I. Meier*, der grundsätzlich vom gesamten Schaden ausgeht, diesen jedoch wertet und dabei die Irreparabilität als einen Faktor neben anderen berücksichtigt²¹², ermöglicht zwar zumindest theoretisch feinere Abstufungen und damit eine bessere Schadensverminderung, da bei Schäden, die grundsätzlich reparabel sind, berücksichtigt werden kann, dass jedem Prozess eine gewisse Unsicherheit anhaftet. Im Lichte der oben dargelegten verfassungsmässigen Auslegung von Art. 9 Abs. II UWG ist sie aber dennoch abzulehnen, da nach dieser grundsätzlich nur der irreparable Schaden berücksichtigt werden darf.

210 Vgl. die Argumentation im Entscheid des ER am BezG Zürich vom 1. Oktober 1968 (VKK 1969, S. 218 ff., vor allem 227).

211 Vgl. BGE 94 I 11.

212 *I. Meier*, Grundlagen, S. 236.

b) *Die Interessen des Antragstellers*

aa) *Der von einer Wettbewerbshandlung direkt betroffene Konkurrent als Antragsteller*

Der von einer Wettbewerbshandlung betroffene Konkurrent ist an der Verfügung einer vorsorglichen Massnahme interessiert, weil ihm bei der Fortsetzung der Wettbewerbshandlungen des Antragsgegners oder beim Fortbestand eines schädigenden Zustandes ein Schaden droht. Im folgenden ist nun zu untersuchen, wann diese Schädigung nicht leicht wiedergutzumachen ist und somit ein für die Interessenabwägung relevantes Interesse begründet.

aaa) *Das Problem der Beweisschwierigkeiten*

Mit der Mehrheit der schweizerischen Rechtsprechung²¹³ muss angenommen werden, dass ein Schaden, dessen Höhe nicht zu beweisen ist, als irreparabel zu betrachten ist²¹⁴. Die rein theoretische Möglichkeit eines Schadenersatzes kann dagegen für die realen ökonomischen Interessen, um deren Abwägung es hier geht, nicht entscheidend sein²¹⁵.

aaaa) *Im lauterkeitsrechtlichen Bereich*

Wie vorne auf S. 10 f. gezeigt, ist bei unlauteren Wettbewerbshandlungen die Höhe des evtl. entstehenden Schadens normalerweise nicht nachweisbar, da die Auswirkungen einer einzelnen schädigenden Wettbewerbshandlung eines Konkurrenten auf das betriebswirtschaftliche Ergebnis eines Geschäftes nicht berechnet werden können²¹⁶. Damit kann also bei unlauteren Wettbewerbshandlungen immer angenommen werden, dass sie beim Betroffenen eine irreparable Schädigung verursachen.

213 Vgl. S. 82 ff. mit der Darstellung und Ablehnung der gegenteiligen Ansicht.

214 Vgl. A. Troller, Immaterialgüterrecht II, S. 1203, zu nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteilen.

215 Vgl. auch die amerikanische Praxis: Developments of the law – Injunctions, S. 1002 f.; D. Leipold, Grundlagen, S. 91 (allerdings zum Schaden des Antragsgegners).

216 Vgl. Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 9. Juni 1977 (Mitteilungen 1977, S. 178 ff., vor allem 182), die Verwendung ähnlicher Kennzeichnung und die daraus resultierende Marktverwirrung schädigen den Betroffenen irreparabel; vgl. auch C. Baudenbacher, Probleme der Rechtsverfolgung, S. 347; zu den "intangible losses": Injunctive Relief, S. 1040.

bbbb) Im kartellrechtlichen Bereich

Auch im Bereich der kartellrechtswidrigen Handlungen, die den Betroffenen im Wettbewerb behindern, gilt meist, dass die erfolgsrelevante Wirkung dieser Behinderung, d.h. der Schaden, nicht exakt festgestellt werden kann und damit auch nicht zu beweisen ist²¹⁷. Kann der Antragsteller der Vorkehr oder Massregel aber durch geeignete Massnahme ausweichen, indem er zum Beispiel Produkte, die er wegen eines Boykotts des Produzenten- oder Grossverteilerkartells nicht mehr direkt beziehen kann, auf dem grauen Markt erwirbt²¹⁸, so beschränkt sich sein Schaden auf die Kosten derartiger Ausweichoperationen und kann damit exakt nachgewiesen werden. Bei rein diskriminierenden Vorkehrungen oder Massregeln, bei denen der Betroffene zwar nicht boykottiert, jedoch zu schlechteren Bedingungen beliefert wird als seine direkten Konkurrenten, ist der Schaden als Preisdifferenz ebenfalls genau quantifizierbar und damit auch reparabel²¹⁹. Dasselbe muss auch bei der erst nach der Kartellrechtsrevision kartellrechtswidrigen gleichmässigen Ausbeutung gelten, weil sich der Schaden in diesen Fällen aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Verkaufs- oder Einkaufspreis inkl. aller geldwerten Nebenleistungen und einem hypothetischen wettbewerbskonformen Preis²²⁰ errechnen lässt.

bbb) Das Problem des geschäftlichen Ruins

Bei gewissen stark schädigenden Wettbewerbshandlungen besteht die Gefahr, dass der zu befürchtende Schaden durchaus bezifferbar und damit beweisbar ist, dass aber allein seine Grösse genügt, um den Antragsteller zur Geschäftsaufgabe und evtl. auch in den Konkurs zu treiben. Diese Gefahr besteht natürlich notwendigerweise bei Vernichtungsboykotten, ist aber auch meist bei Unterwerfungsboykotten gegeben, weil bei diesem ja versucht wird, einen Aussenseiter mittels existenzgefährdendem Druck gefügig zu machen²²¹.

An und für sich führen existenzzerstörende Wettbewerbshandlungen immer zu einem ökonomisch genau feststellbaren und damit reparablen Schaden, weil dieser als Differenz zwischen dem Wert des Geschäftes zum Zeitpunkt des Beginns der Wettbewerbshandlung und dem Liquidationserlös bei der Auflösung genau errech-

217 Vgl. Entscheid des ER am BezG Zürich vom 1. Oktober 1968 (VKK 1969, S. 313 ff.), wo wegen des Lieferungsboykotts bei einigen Artikeln ein grösserer Kundenverlust zu befürchten war; a.M. offenbar Entscheid des Gerichtspräsidenten von Niderrsimmental vom 23. August 1976 (VKK 1977, S. 239).

218 Vgl. BGE 99 II 228 ff.

219 Vgl. die Situation, die dem Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Februar 1969 (VKK 1970, S. 218 ff., vor allem 227) zugrunde lag; vgl. Entscheid des OG ZH vom 20. Februar 1970 (ZR 69 [1970] Nr. 103).

220 Zu dessen Berechnung: Langen/Niederleithingen/Schmidt, N. 43 ff. zu § 22 GWB.

221 Vgl. BGE 57 II 334 ff., wo der vom Boykott Betroffene bis zum Entscheid des Bundesgerichts in Konkurs kam.

net werden kann. Diese rein ökonomische Betrachtung wird jedoch der Problematik des geschäftlichen Ruins und der Geschäftsaufgabe nicht gerecht. Da die erzwungene Geschäftsaufgabe ein schwerer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Tätigkeit ist, muss bei der Frage der Schädigung auch die persönlichkeitsrechtliche Komponente berücksichtigt werden. Diese kann im Gegensatz zur rein ökonomischen Schädigung nicht quantifiziert und damit auch nicht durch einen Schadenersatzanspruch adäquat ausgeglichen werden²²². Damit besteht also die Gefahr einer irreparablen Schädigung auch dann, wenn der rein ökonomische Schaden zwar berechenbar ist, seine Grösse den Antragsgegner aber in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet²²³.

ccc) Das Problem der drohenden Insolvenz des Antragsgegners

Auch wenn ein Schadenersatz an und für sich von der Beweislage her betrachtet durchsetzbar und damit der drohende Schaden prinzipiell reparabel ist, kann der tatsächliche Schadensausgleich dennoch als stark gefährdet erscheinen, wenn die erfolgreiche Vollstreckung des Schadenersatzurteils wegen der drohenden Insolvenz des Antragstellers unsicher ist²²⁴. Diese Gefährdung der Vollstreckung muss berücksichtigt werden, da es bei der Frage nach dem irreparablen Schaden nicht darum geht, rein theoretische Schadenersatzansprüche zu betrachten, sondern allein die Möglichkeit einer tatsächlichen Schadensdeckung entscheidend ist²²⁵. Droht dem Antragsgegner ein Schaden, der berechen- und beweisbar ist, so kann daher dennoch die Gefahr einer irreparablen Schädigung bestehen, wenn der Schadenersatzschuldner, d.h. der Antragsgegner, den Schadenersatz voraussichtlich nicht bezahlen kann.

bb) Verbände²²⁶ als Antragsteller

Hier soll nicht die Situation von Verbänden betrachtet werden, die von den Handlungen des Antragsgegners in ihren eigenen ökonomischen Interessen direkt betrof-

222 Developments of the law – Injunctions, S. 1003 f.; vgl. auch die Betonung der nicht vermögensmässigen Schädigung bei Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 14.

223 Vgl. I. Meier, Grundlagen, S. 236; vgl. Entscheid des Appellationsgerichtspräsidenten BS vom 10. April 1974 (BJM 1975, S. 197 ff.).

224 Vgl. Entscheid des OG Luzern vom 15. Oktober 1959 mit Indizien für die Zahlungsunfähigkeit (SJZ 58 [1962], S. 108); Entscheid des Appellationsgerichtspräsidenten BS vom 10. April 1974 (BJM 1975, S. 197 ff.); BGE 94 I 8 ff.

225 Vgl. auch die amerikanische Praxis, die die drohende Insolvenz ebenfalls beachtet: Developments of the law – Injunctions, S. 1002; Injunctive Relief, S. 1034; a.M. O. Vogel, Probleme, S. 96.

226 Zum Begriff S. 23.

fen sind²²⁷, da für diese das eben unter aa) Gesagte gilt. Vielmehr soll auf die Interessen der Verbände eingegangen werden, die, ohne selbst direkt betroffen zu sein, aufgrund von Art. 2 Abs. III UWG zum Massnahmeantrag legitimiert sind²²⁸. Diese Verbände werden durch die rechtswidrigen Wettbewerbshandlungen des Antragsgegners an sich nicht geschädigt und können deshalb im Falle eines materiell unrichtigen Verzehrs auf den Massnahmeerlass keinen irreparablen Schaden erleiden. Ihnen deshalb aber alles Interesse an einem schnellen Rechtsschutz abzuspochen, würde jedoch dem Sinn der Verbandsklage im Wettbewerbsrecht zuwiderlaufen²²⁹. Wie aus den Materialien zur Einführung der Verbandsklage im UWG zu entnehmen ist, wurde die Verbandsklage eingeführt, um den Rechtsschutz für kleinere Wettbewerber und die Kunden, die das mit einer Klage verbundene Risiko oft nicht allein tragen können, zu verbessern²³⁰. In Anbetracht dessen, dass das Prozessrisiko bei der vorsorglichen Massnahme noch grösser ist als bei der ordentlichen Klage, da der Kläger neben dem Kostenrisiko auch noch das Haftungsrisiko nach Art. 12 Abs. II UWG tragen muss, sind kleine Konkurrenten gerade bei vorsorglichen Massnahmen auf die Hilfe von Verbänden angewiesen. Würden nun die Verbände vom Massnahmeverfahren ausgeschlossen, weil ihnen selbst kein Schaden droht, so würde ein wirksamer Rechtsschutz, zu dem die vorsorgliche Massnahme nötig ist²³¹, für die kleineren Konkurrenten und die Kunden geradezu verhindert. Aus der in den Materialien ersichtlichen Konzeption der Verbände als Interessenwahrer ihrer Mitglieder muss daher abgeleitet werden, dass diese Verbände auch im Massnahmeverfahren die Interessen ihrer Mitglieder wahren und diese deshalb bei einer Interessenabwägung berücksichtigt werden müssen²³². Diese Ansicht wird auch durch die neuere bundesgerichtliche Praxis bestätigt; bei einer Interessenabwägung in einem kartellrechtlichen Massnahmeverfahren wertete das Bundesgericht auf der Seite des beklagten Kartells nicht die eigenen ökonomischen Interessen des betreffenden Vereins, sondern die aller Mitglieder²³³.

Tritt also ein Verband im Sinne von Art. 2 Abs. III UWG als Antragsteller im Massnahmeverfahren auf, so muss die Gefahr einer irreparablen Schädigung seiner Mitglieder, wie sie sich nach den vorne unter aa) gemachten Ausführungen ergibt²³⁴, berücksichtigt werden. Beantragt daher ein Verband von Händlern einer bestimmten Branche gegen einen Händler, der täuschende Werbung verbreitet, eine vorsorgliche Massnahme, so muss der Richter bei der Bewertung der Interessen des Verbandes zunächst feststellen, wieviele Mitglieder einen irreparablen Schaden

227 Zu derartigen Situationen S. 23 f.

228 Dazu S. 23 ff.

229 G. Roos, Klagerecht, S. 68; vgl. auch Botschaft UWG 1942, S. 705, die unter den zum Massnahmeantrag Aktivlegitimierten ausdrücklich auch die Verbände erwähnt.

230 Vgl. Votum Haefelin, Sten.Bull. StR 1943, S. 51; eingehend S. 24.

231 Vgl. S. 13 ff.

232 Vgl. H.-G. Borck, Die Zeit, S. 522, der so die Geltung der Vermutung von § 25 DUWG für Verbände begründet; in dieser Richtung argumentiert auch G. Roos, Klagerecht, S. 68.

233 BGE 108 II 232.

234 Vgl. Urteil des OG ZH vom 25. Mai 1966 (ZR 67 [1968] Nr. 41), wo dem Massnahmebegehren eines Verbandes wegen der Gefährdung seiner Mitglieder stattgegeben wird.

erleiden werden, und dann diese Schäden addieren. Die Schädigung weiterer Konkurrenten, die nicht dem Verband angehören, und der Konsumenten kann dagegen auch bei einer Verbandsklage nur indirekt über die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses am Leistungswettbewerb²³⁵ in die Interessenabwägung einbezogen werden. Auch wenn die Dringlichkeit in einer Interessenabwägung abgeklärt wird, können daher Verbände entgegen den Befürchtungen, die H.-G. Borck²³⁶ anlässlich der geplanten DZPO-Revision²³⁷ hegte, immer noch erfolgreich als Antragsteller im Massnahmeverfahren auftreten. Diese Feststellung gilt aber nicht nur für die Wirtschaftsverbände, sondern auch für die in Verbandsform organisierten Konsumentenorganisationen, die damit im Bereich des UWG auch vorsorgliche Massnahmen erwirken können, falls ihre Mitglieder gefährdet sind²³⁸.

c) Die Interessen des Antragsgegners

Die Gefahr einer irreparablen Schädigung des Antragsgegners durch den Erlass einer vorsorglichen Massnahme kann sich, wie die des Antragstellers, aus Beweisschwierigkeiten²³⁹ bezüglich des nach Art. 12 Abs. II UWG vorgesehenen Schadenersatzes, aus der Existenzgefährdung²⁴⁰ durch besonders drastische Massnahmen oder aus der drohenden Insolvenz des Antragstellers ergeben²⁴¹. Sie hängt im konkreten Fall stark vom Inhalt der betreffenden Massnahme ab, weshalb der Richter durch entsprechende Inhaltsgestaltung die mögliche Schädigung des Antragsgegners wesentlich verkleinern kann²⁴². Im folgenden ist nun die Gefährdung des Antragsgegners bei verschiedenen für den wettbewerbsrechtlichen Bereich typischen Massnahmen zu betrachten.

aa) Bei Beweissicherungen

Normalerweise führen Massnahmen zur Beweissicherung nicht zu einer Schädigung des Antragsgegners, weil sie nicht in die Geschäftstätigkeit des Betroffenen ein-

235 Dazu S. 81 f.

236 H.-G. Borck, Befriedigungsverbot, S. 241.

237 Dazu vorne, S. 64 f.

238 Dazu eingehend: S. 29 f.

239 E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 19.

240 Richtig: Entscheid des Zivilgerichtspräsidenten BS vom 14. März 1967 (PatG), erwähnt im BGE 94 I 8 ff., dazu Blum/Pedrazzini, Supp. Anm. 4A ad c zu Art. 77 PatG.

241 D. Leipold, Grundlagen, S. 90; E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 19.

242 C.L. Hellerich, Imminent Irreparable Injury, S. 1055.

greifen²⁴³. Sollte allerdings eine beweissichernde Massnahme in der Weise in die Geschäftstätigkeit des Antragsgegners eingreifen, dass ihm bestimmte Wettbewerbs-handlungen unmöglich werden, weil ihm die dafür nötigen Mittel temporär zur Begutachtung entzogen werden, so gelten die weiter unten zur Unterlassung gemachten Ausführungen²⁴⁴.

bb) Bei Unterlassungen

aaa) Im Bereich des Lauterkeitsrechts

Wird eine bestimmte Wettbewerbshandlung verboten, so wird der Antragsgegner in verschiedener Hinsicht geschädigt²⁴⁵: Einerseits fallen die Vorbereitungskosten an, die wegen des Verbots nutzlos geworden sind, andererseits bleibt natürlich der gewinnvermehrnde Effekt der Wettbewerbshandlung aus²⁴⁶. Während der erste Schadensteil aufgrund der Kostenrechnung buchhalterisch genau erfasst und daher bewiesen werden kann, ist es, wie hinten auf S. 157 ff. dargelegt, praktisch unmöglich, den positiven Effekt einer hypothetischen Wettbewerbshandlung exakt zu berechnen und zu beweisen²⁴⁷. Daher ist der Antragsgegner bei einer vorsorglichen Massnahme, die auf Untersagung einer Wettbewerbshandlung geht, erheblich gefährdet, weil sein Schaden zum grössten Teil irreparabel sein wird²⁴⁸.

243 Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 18. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 173 ff., vor allem 177); vgl. Urteil des HG SG vom 25. November 1959 (Mitteilungen 1962, S. 138 f.) (PatG).

244 In Analogie zu dem im BGE 88 II 276 erwähnten Fall, bei dem der Betrieb einer Kiesgrube während längerer Zeit dadurch verunmöglicht wurde, dass die Maschinen wegen der Durchführung eines Gutachtens stillstehen mussten, könnte während eines Ausverkaufs ein Laden- und Lagerinventar gemacht werden, um evtl. Vor- und Nachschieben nachzuweisen, und dabei der ganze Verkauf für die Inventurdauer unterbunden werden.

245 Vgl. dazu eingehend S. 156 ff.

246 Vgl. zur Schädigung Blum/Pedrazzini, Supp. Anm. 4A ad c zu Art. 77 PatG.

247 D. Leipold, Grundlagen, S. 132; vgl. Urteil des OLG Düsseldorf vom 22. Dezember 1961, wo berücksichtigt wurde, dass der Antragsgegner durch das Verbot bestimmter Werbeaussagen irreparabel geschädigt wurde (GRUR 1963, S. 490); Urteil des OLG Hamburg vom 8. Dezember 1954: irreparable Schädigung des Antragsgegners durch Verbot eines Prospektes kurz vor einer wichtigen Messe (GRUR 1955, S. 434 f.); Urteil des LG Hamburg vom 8. Januar 1975: Schädigung durch Verbot bestimmter Werbeaussagen (WRP 1975, S. 184); Urteil des OLG Stuttgart vom 2. August 1961: Schädigung durch Vertriebsverbot (GRUR 1962, S. 526); vgl. BGE 94 I 8 ff., wo zu befürchten war, dass das Produktionsverbot die Existenz des Antragsgegners gefährden kann (PatG).

248 A.M. (generell für Unterlassungen): F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 23.

bbb) Im Bereich des Kartellrechts

Wird einem Kartell oder einer kartellähnlichen Organisation durch eine vorsorgliche Massnahme eine Vorkkehr oder eine Massregel untersagt, so besteht für die betreffende Organisation die Gefahr²⁴⁹, dass dadurch ihre Marktordnung oder ihre Preisbindung aufgeweicht wird, weil Sanktionen zu deren Verteidigung während der Geltungsdauer der Massnahme ja nicht möglich sind²⁵⁰. Diese Aufweichung kann so weit gehen, dass die Marktordnung auch nach einem für den Antragsgegner positiven ordentlichen Urteil nicht mehr wiederhergestellt werden kann²⁵¹. Der Schaden, der durch den Zusammenbruch einer Marktordnung oder einer Preisbindung entsteht, kann dabei aber nicht genau erfasst werden. Der Geschäftserfolg hängt ja nicht nur vom Bestehen einer Marktordnung oder einer Preisbindung ab, sondern wird ebenso stark von anderen Faktoren beeinflusst²⁵², was dazu führt, dass die Auswirkungen des Zusammenbruchs der Marktordnung oder der Preisbindung auf das betriebswirtschaftliche Ergebnis der betroffenen Wettbewerber nicht genau quantifiziert werden kann. Damit ist der Schaden, den ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation durch den Erlass einer vorsorglichen Massnahme erleidet, irreparabel.

Da dieser Schaden vor allem im Aufweichen der Marktordnung liegt, besteht die Gefahr einer irreparablen Schädigung des Antragsgegners auch dann, wenn ein Lieferboykott untersagt wird, obwohl der Boykottierende, ganz vordergründig betrachtet, sich selber schadet, wenn er auf den Abschluss von gewinnbringenden Geschäften verzichtet²⁵³. Daher ist die zum Teil in der Schweiz verfolgte Praxis²⁵⁴, die Möglichkeit einer Schädigung des Antragsgegners bei der Untersagung eines Lieferboykottes a priori zu verneinen, grundsätzlich abzulehnen.

cc) Bei Beseitigungen (ohne Berichtigung)

Abgesehen vom Fall der Berichtigung, die weiter unten gesondert zu behandeln ist, besteht die bei Beseitigungsverfügungen angeordnete Beseitigungshandlung im lauterkeitsrechtlichen Bereich meist darin, dass bestimmte permanente Werbeträger ent-

249 Beim Kartell in Verbandsform werden nicht die eigenen ökonomischen Interessen des betreffenden Verbandes, sondern, in Analogie zur Regelung der Stellung von Verbänden als Antragsteller, die Interessen der Mitglieder berücksichtigt (BGE 108 II 232).

250 Vgl. Entscheid des HG ZH vom 27. Oktober 1969 (VKK 1969, S. 345 ff., vor allem 357), wo die Gefahr einer Aufweichung zwar gesehen, im konkreten Fall aber verneint wird; in BGE 108 II 232 wird sie genauer dargestellt.

251 BGE 108 II 232.

252 Dazu eingehender S. 157.

253 In diesem Sinne wurde im Entscheid des Appellationshofes des Kt. BE vom 24. Oktober 1977 argumentiert (VKK 1978, S. 55 ff., vor allem 60).

254 Entscheid des Appellationshofes des Kt. BE vom 24. Oktober 1977 (VKK 1978, S. 55 ff., vor allem 60).

fernt werden müssen²⁵⁵. Die Kosten für die Entfernung und die Herstellung²⁵⁶ der Werbeträger können dabei rechnerisch einfach erfasst und damit leicht bewiesen werden. Die positive Wirkung, die bei der weiteren Verwendung der betreffenden Werbeträger eingetreten wäre, kann dagegen buchhalterisch nicht erfasst werden²⁵⁷, was dazu führt, dass die Höhe des Schadens in diesem Bereich nicht bewiesen werden kann. Damit besteht also auch bei einer vorsorglichen Massnahme, in der eine Beseitigung angeordnet wird, die Gefahr einer irreparablen Schädigung des Antragsgegners.

Im kartellrechtlichen Bereich dagegen wird als Beseitigungshandlung meist der Widerruf²⁵⁸ eines Boykottaufrufs verlangt²⁵⁹. Dieser Widerruf beendet den betreffenden Boykott und führt dadurch, wie die Untersagung des Boykotts, zu einer Schwächung oder sogar zum Zusammenbruch der vom Kartell oder der kartellähnlichen Organisation aufrechterhaltenen Marktordnung und damit, wie vorne gezeigt²⁶⁰, zu einer irreparablen Schädigung der betroffenen Organisation bzw. ihrer Mitglieder.

dd) Bei Berichtigungen

aaa) Durch Widerruf

Ein Widerruf (zur grundsätzlichen Frage der Zulässigkeit einer derartigen Massnahme: S. 117) hat im Bereiche der Werbung neben den Kosten solcher Aktionen, welche die Erfolgsrechnung direkt belasten, eine erheblich schädigende Wirkung, weil er die Glaubwürdigkeit des Werbenden stark erschüttert²⁶¹. Obwohl sicher ist, dass ein derartiger Verlust an Glaubwürdigkeit das Geschäftsergebnis des Werbenden negativ beeinflusst, kann die Höhe des so entstandenen Schadens nicht bewiesen werden, weil es in der Praxis unmöglich ist, dessen betriebswirtschaftliche Auswirkungen auch nur annähernd rechnerisch zu erfassen. Da deshalb die Durchsetzung des Schadenersatzanspruches im Sinne von Art. 12 Abs. II UWG in bezug auf

255 Vgl. Verfügung des ER am BezG Zürich vom 27. Juli 1963 (erwähnt in: Mitteilungen 1964, S. 124 ff.).

256 Die Kosten für die Herstellung stellen nur dann Schaden dar, wenn die betreffenden Werbeträger später nicht mehr verwendet werden können.

257 D. Leipold, Grundlagen, S. 132.

258 Der Widerruf eines Boykotts wird bei der gewöhnlichen Beseitigung und nicht bei der Berichtigung behandelt, weil bei diesem andere Probleme als bei der Berichtigung auftauchen; beim Widerruf eines Boykotts ist entscheidend, dass die Folgepflicht der Kartellmitglieder dahinfällt, beim Widerruf einer Werbeaussage dagegen die Wirkung auf das Publikum und die damit verbundene Einbusse an Glaubwürdigkeit.

259 Vgl. Entscheid des OG ZH vom 21. April 1970 (VKK 1970, S. 239); Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 25. Juli 1966 (VKK 1967, S. 327 ff.).

260 S. 77 f.

261 Corrective Advertising, S. 505; vgl. die Gefährdung von Testinstituten durch Gegendarstellung bezüglich ihrer Testresultate: F. Baur, Arrest, S. 610.

diesen Schadensteil faktisch unmöglich ist und nur die direkten Kosten des Widerrufs, die leicht beweisbar sind, eingebracht werden können, ist ein Schaden, der durch einen Widerruf entsteht, zum grössten Teil als irreparabel zu betrachten. Auch die Möglichkeit eines späteren Widerrufs der Widerrufserklärung, die nach einem für den Antragsgegner positiven Ausgang des ordentlichen Prozesses an sich gegeben ist, kann diese Gefährdung nicht mindern, weil ein derartiger Widerruf wegen des Zeitablaufs nicht mehr in der gewünschten Weise auf das Publikum wirken kann²⁶². Auch die in der deutschen Praxis zum Teil verwendete Form des einstweiligen Widerrufs²⁶³ kann die Gefährdung des Antragsgegners nicht wesentlich vermindern, weil das Publikum derartige Zusätze im allgemeinen nicht genügend würdigt²⁶⁴.

bbb) Durch Gegendarstellung

Wie ein Widerruf, so erschüttert auch eine Gegendarstellung die Glaubwürdigkeit des Antragsgegners²⁶⁵, gegen dessen Werbung sie sich richtet, und erzeugt ebenfalls die Gefahr einer Schädigung. Allerdings ist diese Gefährdung kleiner als beim Widerruf, weil das Publikum die Gegendarstellung als Gegenbehauptung des Antragstellers versteht und sie deshalb eine geringere Wirkung hat²⁶⁶. Die mögliche Schädigung ist aber ebenso irreparabel wie beim Widerruf, denn auch ihr Effekt kann betriebswirtschaftlich nicht exakt erfasst werden.

Auch bei der Gegendarstellung ist in der deutschen Praxis vereinzelt schon der Zusatz angeordnet worden, dass es sich nur um eine einstweilige Gegendarstellung handle²⁶⁷. Dieser Zusatz ist aber ebenso wie beim Widerruf zur Minderung der Gefährdung unbehelflich²⁶⁸.

ccc) Durch Verfügungsveröffentlichung

Die Veröffentlichung eines Massnahmeentscheides hat grundsätzlich dieselbe Wirkung wie ein Widerruf oder eine Gegendarstellung; auch sie erschüttert die Glaubwürdigkeit des Antragsgegners. Quantitativ dürfte die durch die Verfügungsveröffentlichung erzeugte Gefährdung etwa zwischen der durch den Widerruf und der durch

262 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 420 f.

263 Zusatz: "nimmt einstweilen oder einstweilen auf Druck einer einstweiligen Verfügung zurück", dazu F. Baur, Studien, S. 58 f.

264 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 420 f.; O. Jauernig, Inhalt, S. 343 f.

265 Vgl. U. Koebel, Der presserechtliche Anspruch, S. 793.

266 O. Jauernig, Inhalt, S. 344; vgl. E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 151.

267 Urteil des OLG Stuttgart vom 10. August 1962 (NJW 1962, S. 2066).

268 Vgl. S. 78.

die Gegendarstellung bewirkten liegen, da die Verfügungsveröffentlichung weniger kompromittierend wirkt als der Widerruf, jedoch eine autoritative Wirkung hat, die der blossen Gegendarstellung abgeht.

ee) Bei Sicherheitsleistungen

Der Antragsteller erleidet auch bei einer Sicherheitsleistung einen Schaden, der entweder in den Kosten einer Bankbürgschaft oder bei Leistung aus dem eigenen Vermögen in der Differenz zwischen dem Zinsertrag der Sicherheit und dem Ertrag bei freier Verwendung²⁶⁹ der betreffenden Mittel besteht. Dieser ist aber leicht auszurechnen und zu beweisen. Damit besteht also bei der Anordnung einer Sicherheitsleistung normalerweise nicht die Gefahr einer irreparablen Schädigung.

d) Öffentliche Interessen

aa) Allgemeines

Die Frage, ob öffentliche Interessen bei zivilprozessualen Interessenabwägungen berücksichtigt werden müssen, wird von verschiedenen Autoren grundsätzlich verneint²⁷⁰. Diese Ansicht basiert auf der klassischen, an der Interessentheorie orientierten Privatrechtskonzeption, welche die Wahrung öffentlicher Interessen im materiellen Privatrecht ausschliesst²⁷¹. Im Licht des heute gewandelten Privatrechtsverständnisses kann sie aber nicht mehr vollumfänglich aufrechterhalten werden²⁷², da viele Privatrechtsnormen²⁷³ vor allem aus dem Bereich des Wirtschaftsrechts nicht nur einen gerechten Interessenausgleich zwischen den beteiligten Privatpersonen bezwecken, sondern auch ganz bestimmte öffentliche Interessen wahren sollen²⁷⁴. Diese neue Wertung im Bereiche des materiellen Rechts muss auch im Zivilprozessrecht berücksichtigt werden²⁷⁵, da das formelle Recht grund-

269 Kann keine andere lukrativere Verwendungsmöglichkeit nachgewiesen werden, so ist die vom Antragsgegner erzielte Eigenkapitalrendite ausschlaggebend.

270 D. Leipold, Grundlagen, S. 85 f.; O. Teplitzky, Berücksichtigung, S. 117 ff.; H. Altendorf, Das vorläufige Verfahren, S. 21; M. Minnerop, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, S. 63; zur Rolle des öffentlichen Interesses im Zivilprozess vgl. auch U. Bölsterli, Öffentliches Interesse, S. 22 ff.

271 So ganz deutlich bei U. Bölsterli, Öffentliches Interesse, S. 25 f.

272 Vgl. F. Drettmann, Berücksichtigung öffentlicher Interessen, S. 604.

273 Die Qualifikation als Privatrecht geschieht hier allein aufgrund des zugewiesenen Rechtsweges.

274 Vgl. A. Chayes, The role of the judge, S. 1294 f.; vgl. S. 7 ff. für das Wettbewerbsrecht.

275 A. Chayes, The role of the judge, S. 1294 f.

sätzlich der Wertung des materiellen Rechts folgen muss²⁷⁶. Das Zivilprozessrecht ist in diesem Sinne unselbständig, weil es nur die Funktion hat, die Verwirklichung des materiellen Rechts zu ermöglichen, und sich deshalb diesem in seiner Wertung immer anpassen muss. Daher ergibt es sich also aus dem materiellen Privatrecht, ob und welche öffentlichen Interessen bei zivilprozessualen Interessenabwägungen mit- einbezogen werden müssen²⁷⁷.

In der amerikanischen Rechtsprechung, die – im Gegensatz zur kontinental- europäischen – keine dogmatisch starre Trennung zwischen öffentlichem und Privat- recht kennt, werden dagegen bei einstweiligen Verfügungen öffentliche Interessen in die zur Abklärung der *balance of convenience*²⁷⁸ notwendige prozessrechtliche Interessenabwägung einbezogen²⁷⁹. Auch deutsche Gerichte haben bei der Ab- klärung der Dringlichkeit vereinzelt schon öffentliche Interessen berücksichtigt; das OLG Hamburg lehnte es schon verschiedentlich ab, eine Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung wegen Zeitablaufs zu berücksichtigen, weil öffentliche Interessen eine sofortige Untersagung der inkriminierten Handlungen verlangten²⁸⁰.

Im folgenden ist nun zu untersuchen, welche öffentlichen Interessen im Bereiche des Wettbewerbsrechts für eine Interessenabwägung in bezug auf den Verfügungs- grund relevant sind.

bb) Das öffentliche Interesse am Wettbewerb

aaa) Im lauterkeitsrechtlichen Bereich

Wie vorne gezeigt²⁸¹, hat das UWG das Ziel, das Institut des Leistungswettbewerbs und damit auch das öffentliche Interesse an diesem zu schützen. Da ein wirksamer Schutz dieses öffentlichen Interesses eine schnelle Durchsetzung der betreffenden wettbewerbsrechtlichen Normen verlangt²⁸², ist dieses Interesse auch für die Interessenabwägung im Bereiche der Dringlichkeit relevant. Der Richter muss daher neben den Interessen der Parteien auch noch das öffentliche Interesse am Wett-

276 K. Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 226 f.; J. Leubsdorf, Standard, S. 549; U. Böls- terli, Öffentliches Interesse, S. 23 f.; a.M. in bezug auf öffentliches Interesse O. Teplitzky, Berücksichtigung, S. 177 f.

277 J. Leubsdorf, Standard, S. 549 f.; vgl. W.L. Pastor, Schutzschrift, S. 231, der öffentliche Interessen als dringlichkeitsbegründend betrachtet.

278 Zum Begriff S. 66 f.

279 W.H. Mulligan, Preliminary Injunction, S. 836; C. Peterson, Observations on provisional relief, S. 276, mit Beispielen aus der Judikatur, FN 64; K. Piehler, Einstweilige Verfügung, S. 129 f.; C.L. Hellerich, Imminent Irreparable Injury, S. 1031; vgl. auch die Entwicklung der englischen Rechtsprechung; P. Prescott, Interlocutory Injunctions, S. 675.

280 Z.B. Urteil vom 11. August 1977 (WRP 1977, S. 811 ff.). Ablehnend: O. Teplitzky, Berücksichtigung, S. 117 f.; A. Vogt, Abmahnung, S. 1502; D. Wilke, Verbraucherver- bände, S. 245 ff.; F. Drettmann, Berücksichtigung öffentlicher Interessen, S. 604.

281 Dazu S. 5 f.

282 Dazu S. 12.

bewerb berücksichtigen, wenn die betreffenden Wettbewerbshandlungen des Antragsgegners den Leistungswettbewerb erheblich verfälschen und daher vom Standpunkt des Institutsschutzes ein Eilbedürfnis für die Durchsetzung der lauterkeitsrechtlichen Normen besteht.

Die Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen am Leistungswettbewerb begründet immer ein Eilbedürfnis; eine derartige Beeinträchtigung ist nämlich immer irreparabel, weil, im Gegensatz zum rein privaten Verhältnis, zwischen Antragsteller und Antragsgegner, wo der Schadenersatzanspruch die Wirkungen früherer rechtswidriger Handlungen ausgleichen kann, kein Instrument zum Ausgleich einer zurückliegenden Beeinträchtigung öffentlicher Interessen besteht. Eine derartige irreparable Beeinträchtigung öffentlicher Interessen ist vor allem dann anzunehmen, wenn die inkriminierte Wettbewerbshandlung publikumswirksam war und damit den Markt direkt beeinflusste²⁸³. Daher ist vor allem bei täuschenden Angaben nach Art. 1 Abs. I lit. b und c UWG, bei herabsetzender Werbung und Verwechslungsdelikten im Sinne von Art. 1 Abs. I lit. a bzw. d UWG die Gefährdung des öffentlichen Interesses am Wettbewerb in die Interessenabwägung einzubeziehen²⁸⁴. Der Einbezug des öffentlichen Interesses am Leistungswettbewerb in die Interessenabwägung führt nun aber nicht unbedingt dazu, dass die Dringlichkeit in derartigen Fällen immer gegeben ist; das gegenläufige Interesse des Antragsgegners kann immer noch überwiegen, wenn er für den Fall einer materiell falschen Anordnung einer vorsorglichen Massnahme Gefahr läuft, eine hohe irreparable Schädigung zu erleiden²⁸⁵. Ohne die Berücksichtigung öffentlicher Interessen würde dagegen bei marktbezogenen unlauteren Handlungen, die nicht exklusiv gegen einen bestimmten Konkurrenten gerichtet sind, regelmässig das Interesse des Antragsgegners gegenüber dem des Antragstellers überwiegen, da das Gefährdungsverhältnis in diesen Fällen nicht 1:1 ist, wie *I. Meier* annimmt²⁸⁶, sondern die Gefährdung des Antragsgegners normalerweise grösser ist als die des Antragstellers²⁸⁷: Mit einer Wettbewerbshandlung bezweckt der Antragsgegner normalerweise die Erhöhung seines Reingewinnes. Diese Erhöhung des Reingewinnes entspricht betragsmässig in etwa der Gewinneinbusse aller Konkurrenten, die diese durch die betreffende Wettbewerbshandlung erleiden. Während nun der irreparable Schaden des Antragsgegners dieser erwarteten Reingewinnsteigerung gleichzusetzen ist, die ihm wegen des Verbots der Wettbewerbshandlung entgeht, ist der mögliche irreparable Schaden des Antragstellers weit geringer, weil sich der durch die Wettbewerbshandlung des Antragstellers entstehende Schaden auf alle

283 Vgl. W.L. Pastor, Schutzschrift, S. 231.

284 Vgl. Urteil des LG Hamburg vom 8. Januar 1975 (WRP 1975, S. 184), wo ein Interesse der Allgemeinheit an einem Verbot wettbewerbsrechtswidriger Werbung berücksichtigt wird.

285 Vgl. Urteil des LG Hamburg vom 8. Januar 1975 (WRP 1975, S. 184), wo die Interessen des Antragsgegners trotz der Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit überwogen.

286 I. Meier, Grundlagen, S. 235.

287 H.-G. Borck, Befriedigungsverbot, S. 240.

Konkurrenten verteilt. Der Antragsteller selbst trägt somit nur einen Schadensanteil, der in etwa seinem Marktanteil unter allen Betroffenen entspricht²⁸⁸.

bbb) Im kartellrechtlichen Bereich

Wie vorne auf S. 6 ff. festgestellt, schützt das privatrechtliche Kartellrecht das Institut des Wettbewerbs. Daher ist auch im Bereich des Kartellrechts das öffentliche Interesse am Wettbewerb in die Interessenabwägung um die Dringlichkeit einzubeziehen. Dabei ist allerdings der vorne dargestellten spezifisch schweizerischen Konzeption des geschützten Wettbewerbs Rechnung zu tragen; ein öffentliches Interesse besteht nach schweizerischem Kartellrecht danach nur am möglichen Wettbewerb²⁸⁹. Daher muss das vom Gesichtspunkt des Institutsschutzes aus bestehende dringende Rechtsschutzbedürfnis bei der Interessenabwägung nur berücksichtigt werden, wenn eine Vorkehr oder Massregel eines Kartells oder einer kartellähnlichen Organisation den Wettbewerb als solchen verunmöglicht.

Der Einbezug des öffentlichen Interesses am Wettbewerb in die Interessenabwägung führt nicht unbedingt zum Überwiegen derjenigen Interessen, die für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme sprechen, weil bei der Abwägung der rein privaten Interessen das Interesse des Kartells²⁹⁰ oder der kartellähnlichen Organisation regelmässig gegenüber dem des Antragstellers überwiegt, sofern die Vorkehr oder Massregel nicht gerade existenzgefährdend wirkt²⁹¹. Dies rührt daher, dass das bei einem Zusammenbruch der Marktordnung betroffene Geschäftsvolumen des Kartells bzw. der kartellähnlichen Organisation zwangsläufig wesentlich grösser ist als dasjenige des Antragstellers, das von einer Behinderung betroffen wird²⁹². Damit ist es also möglich, dass das Interesse des Antragsgegners am Unterbleiben der vorsorglichen Massnahme gegenüber den Interessen am Erlass überwiegt, auch wenn das öffentliche Interesse am möglichen Wettbewerb in die Interessenabwägung einbezogen wird.

288 H.-G. Borck, Befriedigungsverbot, S. 240.

289 Zu diesem Begriff: S. 6 f.

290 Bei einem Kartell in Verbandsform werden dabei nicht die eigenen ökonomischen Interessen, sondern die der von ihm vertretenen Mitglieder berücksichtigt, vgl. BGE 108 II 232, S. 77, FN 249.

291 Vgl. BGE 108 II 232.

292 Vgl. BGE 108 II 232, wo die Interessen der Denner AG gegenüber denen des Bierbrauervereins abgewogen wurden.

cc) Weitere öffentliche Interessen

Das materielle Lauterkeitsrecht verfolgt neben dem Interesse am Wettbewerb als Institut keine weiteren eigenständigen öffentlichen Interessen. Das Kartellrecht dagegen berücksichtigt neben dem Interesse am Wettbewerb noch andere öffentliche Interessen, die bei einer prozessrechtlichen Interessenabwägung ebenfalls berücksichtigt werden müssen. So muss das in Art. 5 Abs. II lit. c KG erwähnte öffentliche Interesse an einer im Gesamtinteresse erwünschten Struktur eines Wirtschaftszweiges oder Berufes und das in lit. b desselben Artikels aufgeführte Interesse an der Verwirklichung angemessener beruflicher und betrieblicher Voraussetzungen beachtet werden. Eine drohende irreparable Beeinträchtigung dieser Interessen durch den Erlass einer vorsorglichen Massnahme gegen ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation muss daher ebenfalls in die Interessenabwägung einbezogen werden.

e) Interessen Dritter

aa) Arbeitnehmer

In der englischen Praxis wird zum Teil auch das Interesse der Arbeitnehmer in die Interessenabwägung einbezogen; im Fall *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* beispielsweise wurde dem Umstand Beachtung geschenkt, dass bei der Anordnung einer vorsorglichen Massnahme auf Untersagung der Produktion bestimmter Substanzen keine Arbeiter entlassen werden mussten, da die Produktion noch gar nicht begonnen hatte und deshalb noch keine Arbeiter angestellt worden waren²⁹³. Auch in der amerikanischen Lehre und Rechtsprechung werden die Wirkungen, die Zivilurteile auf weitere Personen neben den eigentlichen Prozessparteien haben, immer mehr beachtet und auch bei der Ausgestaltung von Entscheiden entsprechend berücksichtigt²⁹⁴.

Da das materielle schweizerische Wettbewerbsrecht jedoch nicht das generelle Ziel hat, die Interessen der Arbeitnehmer zu schützen, können diese im allgemeinen auch nicht in die zivilprozessuale Interessenabwägung einbezogen werden. Wo ihre Interessen aber im materiellen Lauterkeitsrecht ausnahmsweise zu beachten sind, wie beim Tatbestand des Sozialdumpings nach Art. 1 Abs. II lit. h UWG¹⁹⁵ und bei Massnahmen, die direkt in ihre Rechte eingreifen, wie z.B. bei Abwerbungsverboten, die das Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung be-

293 *American Cyanamid v. Ethicon* (1975) W.L.R. 325; vgl. auch schon *Hirac v. Park Royal* (1946) Ch. 169, dazu A. Gore, *Interlocutory Injunctions*, S. 675.

294 A. Chayes, *The role of the judge*, S. 1292 ff.; vgl. A. Gore, *Interlocutory Injunctions*, S. 675; vgl. *Developments of the law – Injunctions*, S. 1005 ff.

295 Dazu B. von Büren, *Kommentar*, S. 161 f.

rühren²⁹⁶, sind diese auch bei der prozessrechtlichen Interessenabwägung zu beachten.

bb) Konsumenten²⁹⁷

Im deutschen Lauterkeitsrecht wird in der Gefährdung der Konsumenten durch unlautere Werbung zum Teil der Grund für die in § 25 DUWG statuierte Dringlichkeitsvermutung gesehen und damit indirekt anerkannt, dass die Interessen der Konsumenten für die Frage der Dringlichkeit relevant sind²⁹⁸. In der Praxis des OLG Hamburg werden Verbraucherinteressen auch insofern berücksichtigt, als bei Wettbewerbshandlungen, die Konsumenten schädigen, keine Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung angenommen wird, auch wenn der Antragsteller längere Zeit gewartet hat²⁹⁹.

Das materielle schweizerische Wettbewerbsrecht schützt die Konsumenten aber nur im Rahmen der Kundenklage direkt. Im übrigen werden die Konsumenteninteressen aber nicht selbständig, sondern nur indirekt über den Schutz des Wettbewerbs als Institut geschützt. Sind die Konsumenten daher nicht, wie bei der Konsumentenverbandsklage, selbst Partei im Massnahmeverfahren, so können ihre Interessen in die prozessrechtliche Interessenabwägung zur Abklärung der Dringlichkeit nicht direkt einbezogen werden. Ihre Interessen werden aber bei dieser Interessenabwägung indirekt durch den Einbezug des öffentlichen Interesses am Leistungswettbewerb berücksichtigt.

2. Die Bewertung der Interessen

Um die als relevant erkannten Interessen gegeneinander abwägen zu können, muss ihre Höhe bestimmt werden. Prinzipiell wird diese, wie vorne gezeigt³⁰⁰, durch die Höhe des irreparablen Schadens festgelegt. Da im Wettbewerbsrecht der Schaden aber meist nur deshalb irreparabel ist, weil seine Grösse nicht exakt feststellbar und

296 Urteil des Appellationsgerichtsausschusses BS vom 27. April 1965 (Mitteilungen 1967, S. 140); vgl. auch BGE 73 II 77 f.

297 Das hier Gesagte gilt nur für Konsumenten als Dritte, nicht jedoch für Konsumenten als Antragsteller im Rahmen einer Verbandsklage (dazu S. 28 ff.). Diese Ausführungen gelten aber auch mutatis mutandis für die Interessen von Wettbewerbern bei der Klage eines Konsumentenvereins, da die Wettbewerber dann Dritte sind.

298 Vgl. Urteil des LG Hamburg vom 8. Januar 1975 (WRP 1975, S. 184), wo die Interessen der Verbraucher an einem Verbot wettbewerbswidriger Werbung in die Interessenabwägung einbezogen werden.

299 Urteil vom 11. August 1977 (WRP 1977, S. 811 ff.). Ablehnend: O. Teplitzky, Berücksichtigung, S. 198.

300 S. 68 ff.

deshalb in einem Schadenersatzprozess auch nicht beweisbar ist, kann die Höhe des irreparablen Schadens kaum je genau berechnet werden³⁰¹. Die Gerichte können deshalb die Höhe der irreparablen Schädigung nur ungefähr abschätzen³⁰², was dazu führt, dass exakte zahlenmässige Angaben über das Verhältnis zwischen den Interessen, die für einen Massnahmeerlass sprechen, und denjenigen, die dagegen gerichtet sind, unmöglich sind. Das Gericht kann aber immerhin möglichst genaue Schätzungen machen, so dass es feststellen kann, dass in etwa ein Gleichstand besteht oder dass die eine Seite leicht oder stark überwiegt³⁰³.

F. Das Problem des Zeitablaufs

Sowohl in der schweizerischen wie in der deutschen Praxis wird, wie vorne gezeigt³⁰⁴, das Vorliegen der Dringlichkeit verneint, wenn der Antragsteller mit seinem Antrag zu lange zuwartet, d.h. nicht unverzüglich nach Kenntnis der Verletzungshandlung einen Massnahantrag stellt³⁰⁵. Bei genauer Betrachtung handelt es sich dabei aber nicht um einen eigentlichen Wegfall der Dringlichkeit, da diese objektiv immer noch besteht, ja sich, wie *H.-G. Borck* richtig erkannt hat, durch den Zeitablauf noch eher verstärkt³⁰⁶. Vielmehr liegt eine besondere prozessrechtliche Verwirkung³⁰⁷ vor, die von der materiellrechtlichen³⁰⁸ zu unterscheiden ist: Durch sein Zuwarten verliert der Antragsteller zwar nicht seinen materiellrechtlichen Anspruch und damit auch nicht die Klagemöglichkeit im ordentlichen Verfahren, wohl aber das Recht auf Durchführung des für dringende Fälle vorgesehenen Massnahmeverfahrens, weil die Einleitung eines schnellen Verfahrens nach längerem Zuwarten im Sinne des *venire contra factum proprium* rechtsmissbräuchlich ist³⁰⁹. Ausserdem darf die Zeit, die der Antragsteller selbst versäumte, nicht durch die Durchführung eines Verfahrens ohne volle Richtigkeitsgarantien auf Kosten des Antragsgegners aufgeholt werden³¹⁰.

301 Vgl. C.L. Hellerich, *Imminent Irreparable Injury*, S. 1053 f.; J. Leubsdorf, *Standard*, S. 553.

302 Zu Schätzmethode: J. Leubsdorf, *Standard*, S. 553 f.

303 Dabei ist im übrigen noch festzuhalten, dass weder KG noch UWG eine Wertung der Interessen vornehmen; keines dieser Gesetze sieht vor, dass die Interessen des Antragstellers oder des Antragsgegners von vornherein überwiegen sollten. Beide Gesetze gehen von der Gleichwertigkeit der Interessen aus, so dass allein ihre Höhe im konkreten Fall für die Beantwortung der Frage, wessen Interessen überwiegen, entscheidend ist.

304 Zu Deutschland: S. 63 f.; zur Schweiz: S. 55 f.

305 Dabei wird in der deutschen Praxis von "Widerlegung" gesprochen. Baumbach/Hefermehl, N. 7 zu § 25 DUWG; Schweiz: J. Müller, *Einstweilige Verfügung*, S. 38.

306 H.-G. Borck, *Die Zeit*, S. 521; a.M. W.L. Pastor, *Wettbewerbsprozess*, S. 251.

307 Dieser Begriff wird auch von J. Müller, *Einstweilige Verfügung*, S. 38, verwendet.

308 Dazu: B. von Büren, *Kommentar*, S. 198 ff., für die materiellrechtliche Verwirkung ist längere Untätigkeit vorausgesetzt, S. 199 f.

309 Vgl. A. Vogt, *Abmahnung*, S. 1501; K. Piehler, *Einstweilige Verfügung*, S. 230 f.; a.M. I. Meier, *Grundlagen*, S. 294.

310 H.-G. Borck, *Die Zeit und ihr Vergehen*, S. 522.

Der Tatbestand des Rechtsmissbrauchs wird aber auch bei längerem Zuwarten nicht erfüllt, wenn der Antragsteller die Zeit nicht untätig vergehen liess, sondern versuchte, seinen Anspruch auf andere Weise durchzusetzen. Stellte der Antragsteller also nur deshalb nicht sofort einen Massnahmeantrag, weil er beispielsweise zuerst noch eine Einigung auf dem Vergleichsweg suchte³¹¹, so kann ihm der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht gemacht werden, wenn er nach dem Scheitern derartiger Bemühungen doch noch einen Massnahmeantrag stellt, da er ja die ganze Zeit zum Ausdruck brachte, dass er seinen Anspruch durchsetzen wollte³¹². Eine Verwirkung tritt ebenfalls nicht ein, wenn der Antragsteller wegen der komplexen Rechts- oder Sachlage zuerst zeitraubende Abklärungen machen muss³¹³, weil sein Zuwarten in diesem Fall sachlich gerechtfertigt ist und deshalb nicht als venire contra factum proprium betrachtet werden kann. Lässt der Antragsteller hingegen trotz positiver Kenntnis der Verletzungshandlung untätig mehr Zeit verstreichen als zur Vorbereitung des Massnahmeantrags notwendig ist, so hat er sein Recht auf eine vorsorgliche Massnahme grundsätzlich verwirkt, ohne dass die Frage der objektiven Dringlichkeit noch geprüft und eine Interessenabwägung durchgeführt werden müsste³¹⁴. Da die Zeit, die zur Vorbereitung des Massnahmeantrags notwendig ist, stark von der Komplexität des einzelnen Falles abhängt, kann für den Eintritt der Verwirkung keine allgemeingültige Zeitspanne angegeben werden³¹⁵. Der deutschen Praxis folgend³¹⁶ kann aber gesagt werden, dass sie in der Regel zwischen einem und drei Monaten liegt³¹⁷, wobei in einfachen Fällen bereits nach einem Monat der Eintritt der Verwirkung anzunehmen ist, während bei komplexen Fällen durchaus noch nach drei Monaten ein Massnahmeantrag zuzulassen ist.

311 Das gleiche gilt auch, wenn der Antragsteller zuerst auf strafrechtlichem oder verwaltungsrechtlichem Weg durch Strafantrag bzw. Anzeige vorgeht.

312 Vgl. R. Klaka, Praxis, S. 598; in diesem Sinne ist die unterschiedliche Behandlung des Zeitablaufs im Entscheid des ER am BezG Zürich vom 25. August 1969 (VKK 1969, S. 340) und im Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 13. Mai 1976 (VKK 1977, S. 235) gerechtfertigt.

313 Vgl. Entscheid des HG ZH vom 8. März 1978 (Mitteilungen 1978, S. 188 ff.) (PatG).

314 A.M.: A. Vogt, Abmahnung, S. 1501.

315 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 254 f.; Baumbach/Hefermehl, N. 8 zu § 25 DUWG; H.-G. Borck, Die Zeit und ihr Vergehen, S. 521.

316 Vgl. die bei W.L. Pastor, S. 255 f., aufgeführten Entscheidungen: Baumbach/Hefermehl, N. 9 zu § 25 DUWG.

317 Vgl. J. Müller, Einstweilige Verfügung, S. 38. Drei Monate als allgemeine Grenze für grundloses Warten: Baumbach/Hefermehl, N. 8 zu § 25 DUWG; 6–10 Wochen: R. Klaka, Praxis, S. 598; 6 Monate: U. Krieger, Dringlichkeit, S. 169.

IV. Das Verhältnis von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund

A. Praxis und herrschende Lehre in der Schweiz und in Deutschland

Grundsätzlich werden in der Schweiz wie auch in Deutschland Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch getrennt behandelt³¹⁸; zunächst wird als Prozessvoraussetzung überprüft, ob das Rechtsbegehren im Sinne des Verfügungsgrundes dringlich ist, und nur wenn diese Dringlichkeit gegeben ist, wird untersucht, ob der Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht werden kann³¹⁹.

Immerhin gibt es in der Schweiz einige Urteile, bei denen Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch nicht in der oben umschriebenen Weise getrennt behandelt, sondern zueinander in Beziehung gesetzt werden. So werden zum Teil keine hohen Anforderungen an die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruches gestellt, wenn eine Massnahme nicht stark in die Interessen des Antragsgegners eingreift³²⁰, und umgekehrt eine qualitativ bessere Glaubhaftmachung verlangt, wenn der Antragsgegner durch den Massnahmeerlass stark geschädigt wird³²¹.

B. Alternativen zur herrschenden Praxis

1. Die alleinige Berücksichtigung des Verfügungsgrundes

In der amerikanischen³²² und englischen³²³ Praxis wird zum Teil ohne Prüfung des Verfügungsanspruches allein aufgrund der *balance of convenience*³²⁴, d.h. aufgrund der für die Dringlichkeit massgeblichen Interessenabwägung, entschieden. Diese Lösung, die in Deutschland vor allem von *D. Leipold*³²⁵ propagiert wird, basiert

318 Dies ist vor allem bei Massnahmen zur Beweissicherung festzustellen (Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 18. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 174); vgl. auch Entscheid des OG AG vom 27. August 1981 (Mitteilungen 1982, S. 201).

319 Schweiz: A. Briner, Vorsorgliche Massnahmen, S. 159 f.; B. von Büren, Kommentar, S. 204 f.; Deutschland: W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 235, 240; H.-G. Borck, Zur Zurückweisung, S. 643.

320 Vgl. Art. 28c Abs. I und II des Entwurfs für die Revision des Persönlichkeitsschutzes (Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 666). Die Formulierung der Voraussetzungen in dieser Bestimmung muss sogar als ausgesprochen unglücklich bezeichnet werden (Verhältnis zwischen Abs. I und Abs. II).

321 Urteil des KG ZH vom 14. März 1977 (Mitteilungen 1978, S. 63 ff.); B. von Büren, Kommentar, S. 205; F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 20; vgl. Stein/Jonas/Grunsky, N. 9 zu § 935 DZPO; F. Baur, Arrest, S. 608.

322 *Semmes Motor Inc. v. Ford Motor Co.* 429 F. 2nd 1197 (2nd Cir. 1970), dazu *Recent Developments*, Probability of success, S. 165 ff.

323 *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.* (1975) 2 W.L.R. 316; dazu die Anmerkungen von P. Prescott, Note on *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, S. 168 ff.; A. Gore, *Interlocutory Injunctions – final judgement*, S. 672 ff.; A. Wilson, *Interlocutory Injunctions*, S. 303 f.

324 Zu diesem Begriff S. 66 f.

325 D. Leipold, Grundlagen, S. 93 ff.

auf der Überlegung, dass ein Massnahmeentscheid immer falsch sein könne und daher zuungunsten der Partei zu entscheiden sei, die von einem gegen sie gerichteten Fehlentscheid weniger stark geschädigt werde³²⁶. Ausserdem wird diese Methode auch mit dem Argument gestützt, dass durch den Verzicht auf die Anspruchsprüfung vermieden werden könne, dass das ordentliche Verfahren durch den Massnahmeentscheid faktisch präjudiziert wird³²⁷ und damit die vorsorgliche Massnahme ihren Zweck, die Sache entscheidungsfähig zu halten, besser erfüllen könne³²⁸. Diese Methode bringt aber gewichtige Nachteile mit sich. Ihre konsequente Anwendung führt dazu, dass zwangsläufig in 50% aller Fälle materiell falsch entschieden wird³²⁹, weil der Richter nur 50% Chance hat, einen materiell richtigen Entscheid zu fällen, wenn er ohne Berücksichtigung der materiellen Rechtslage entscheiden muss. Dadurch entstehen Schäden, die zum grössten Teil durch eine seriöse Anspruchsprüfung im Massnahmeverfahren hätten vermieden werden können³³⁰. Dieser Nachteil wiegt im Bereich des Wettbewerbsrechts besonders schwer, weil die so entstehenden Schäden meist irreparabel sind³³¹.

Eine genügend seriöse Anspruchsprüfung wirkt zwar faktisch präjudiziell auf das ordentliche Verfahren und macht das Massnahmeverfahren ausserdem zu einem vorgezogenen quasi-ordentlichen Verfahren³³²; dieser Nachteil ist aber weit weniger schwerwiegend als die eben umschriebenen nachteiligen Folgen eines Verzichts auf die Anspruchsprüfung³³³.

Ausserdem ist es für die Beteiligten von Vorteil, wenn ihre Rechtspositionen schon im Massnahmeverfahren geklärt werden, denn dies ermöglicht es ihnen, ihre Situation in bezug auf das ordentliche Verfahren oder auf einen evtl. Vergleich realistisch einzuschätzen und so unter Vermeidung des ordentlichen Verfahrens ihren Streit gütlich beizulegen³³⁴.

2. Die Kombination von Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch

Bei der Interessenabwägung um die Dringlichkeit werden die hypothetischen irreparablen Schäden gegeneinander abgewogen, welche die Beteiligten erleiden würden, wenn der Massnahmeentscheid gegen sie ausfällt und materiell falsch wäre.

326 D. Leipold, Grundlagen, S. 53 f.

327 D. Leipold, Grundlagen, S. 91, 11 f.

328 Recent Developments, Probability of success, S. 170. Kritisch: J. Leubsdorf, Standard, S. 545 f.

329 A. Wilson, Interlocutory Injunctions, S. 303.

330 Stein/Jonas/Grunsky, N. 8 zu § 935 DZPO; W. Grunsky, Grundlagen, S. 282; J. Leubsdorf, Standard, S. 547.

331 Für den Antragsteller: S. 71 ff.; für den Antragsgegner: S. 76 ff.

332 D. Leipold, Grundlagen, S. 91, 11 f.

333 W. Grunsky, Grundlagen, S. 282; J. Leubsdorf, Standard, S. 547; E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 120; I. Meier, Grundlagen, S. 219.

334 P. Arens, Verfügungsanspruch, S. 84, 86; W. Grunsky, Besprechung Leipold, S. 363.

Damit kann festgestellt werden, welche Partei ein stärkeres Bedürfnis nach Rechtsschutz hat bzw. welcher eine gegen sie gerichtete Entscheidung eher zuzumuten ist³³⁵. Dabei wird implizit von der Annahme ausgegangen, dass unabhängig vom Inhalt der Entscheidung ein Fehlentscheid für beide Parteien immer gleich wahrscheinlich ist³³⁶. Die Abklärung des Verfügungsanspruches kann aber zeigen, dass der Eintritt eines irreparablen Schadens bei der einen Partei im Falle eines gegen sie gerichteten Massnahmeentscheides wesentlich wahrscheinlicher ist als die irreparable Schädigung der Gegenpartei bei einem entgegengesetzten Entscheid, weil das Ob- siegen der einen Partei im ordentlichen Verfahren aufgrund der materiellen Rechts- lage weit wahrscheinlicher erscheint als das der Gegenpartei³³⁷.

Daher erscheint es im Hinblick auf das Ziel der vorsorglichen Massnahme, den irreparablen Schaden der Beteiligten möglichst gering zu halten, richtig, beim Mass- nahmeentscheid Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch nicht getrennt zu betrachten, sondern bei beiden Parteien den erwarteten irreparablen Schaden mit der Wahrscheinlichkeit ihres Obsiegens zu gewichten³³⁸ und damit Verfügungs- anspruch und Verfügungsgrund im Sinne der von *J. Leubsdorf*³³⁹ und *I. Meier*³⁴⁰ entwickelten Lehre zusammen zu behandeln, wie dies zum Teil in der englischen und amerikanischen Praxis bereits ansatzweise getan wird³⁴¹.

Kommt der Richter in einem konkreten Fall z.B. zum Ergebnis, dass der Ver- fügungsanspruch zu 80% sicher ist, so muss er den möglichen irreparablen Schaden des Antragstellers mit 80% multiplizieren (Schaden bei einem negativen Massnahme- entscheid · Wahrscheinlichkeit, dass dieser Entscheid falsch ist), während der irreparable Schaden, den der Antragsgegner im Falle eines materiell unrichtigen Massnahmeerlasses erleidet, mit 20% zu multiplizieren ist³⁴². Die so errechneten Ergebnisse, die als *wahrscheinliche Schäden* bezeichnet werden können, muss der Richter dann vergleichen und einen Massnahmeentscheid zugunsten der Partei fällen, welcher der grössere wahrscheinliche Schaden droht³⁴³. Erleidet der Antrag- steller ohne Erlass einer vorsorglichen Massnahme beispielsweise einen irreparablen Schaden von Fr. 1'000.—, während dem Antragsgegner beim Erlass ein irreparabler Schaden von Fr. 4'000. entsteht, und beurteilt der Richter die Erfolgchance des

335 Dazu S. 67 ff.; vgl. BGE 108 II 232.

336 Vgl. die Interessenabwägung im BGE 108 II 232.

337 P. Prescott, Note on American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd., S. 171.

338 Vgl. zu dieser Gewichtung der Interessen mit der relativen Erfolgswahrscheinlichkeit: W. Grunsky, Grundlagen, S. 282, der die Beurteilung der Erfolgsaussichten als Rechnungs- faktor bezeichnet; ders., Besprechung D. Leipold, S. 363.

339 J. Leubsdorf, Standard, S. 542 ff.

340 I. Meier, Grundlagen, S. 217 ff.

341 Englische Praxis: Hubbard v. Vosper 2 QB 84 (vor allem Megaw L.J., S. 97) = (1972) 1 All E.R. 1023, C.A.; A. Wilson, Interlocutory Injunctions, S. 303. Amerikanische Praxis: Dino de Laurentiis Cinematographica S.p.A. v. D-150 Inc., 366 F. 2d 373 (2d Cir. 1966); Checker Motors Corp. v. Chrysler Corp., 405 F. 2d 319 (2d Cir.), cert denied, 394 US 999 (1969); vgl. Sonesta International Hotels Corp. v. Wellington associates, 483 F. 2d 247 (ed Cir. 1973); W.H. Mulligan, Preliminary Injunction, S. 835 ff.

342 I. Meier, Grundlagen, S. 218 f.; J. Leubsdorf, Standard, S. 542; vgl. A.D. Cullison, Pro- bability Analysis, S. 568 f.

343 Vgl. das Beispiel bei J. Leubsdorf, Standard, S. 542 f.

Antragstellers mit 70%, so muss er den irreparablen Schaden des Antragstellers mit 70% multiplizieren, den des Antragsgegners aber mit 30%. Dies ergibt wahrscheinliche Schäden von Fr. 700.— bzw. Fr. 1'200.—. Da damit der wahrscheinliche Schaden des Antragsgegners überwiegt, kann die betreffende vorsorgliche Massnahme nicht erlassen werden. Bei einer Verletzung von für die Interessenabwägung relevanten öffentlichen Interessen oder von Interessen Dritter müssen diese irreparablen Schäden natürlich ebenfalls in die Berechnung der wahrscheinlichen Schäden einbezogen werden. Diese Methode der Kombination von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund führt zu einer optimalen Zweckerfüllung der vorsorglichen Massnahme; der irreparable Schaden, der durch den Zeitablauf bis zum ordentlichen Entscheid entsteht, wird minimal gehalten, was *I. Meier* auch mathematisch nachgewiesen hat³⁴⁴.

Diese Methode unterscheidet sich im praktischen Ergebnis von der getrennten Betrachtung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund vor allem dadurch, dass der Antragsteller eine schwächere Darlegung des Verfügungsanspruches mit einer im Vergleich zum Antragsgegner sehr hohen Gefährdung kompensieren und mit einer überzeugenden Darlegung des Verfügungsanspruches eine geringere Gefährdung aufwiegen kann, während er bei getrennter Betrachtung immer sowohl eine grössere Gefährdung wie auch die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit seines Anspruches dartun muss. Diese Kompensationsmöglichkeit ist gerechtfertigt, weil jemand, der mit 60% Wahrscheinlichkeit Gefahr läuft, um Fr. 100'000.— irreparabel geschädigt zu werden, in seinen Interessen genau gleich gefährdet ist wie jemand, der mit 30% Wahrscheinlichkeit einen irreparablen Schaden von Fr. 200'000.— erleidet und deshalb auch dasselbe Rechtsschutzbedürfnis hat³⁴⁵.

Zur praktischen Anwendung der hier vertretenen Methode ist es notwendig, die Gefährdung der Parteien und die richterliche Überzeugung in bezug auf den Verfügungsanspruch zu quantifizieren, da sonst die vorne dargestellte Multiplikation nicht möglich ist. Deshalb ist im folgenden nun zu untersuchen, inwieweit sich diese Faktoren wirklich quantifizieren lassen.

a) Die Quantifizierung der Gefährdung

Wie vorne gezeigt³⁴⁶, ist im Rahmen der Interessenabwägung bezüglich des Verfügungsgrundes nur der irreparable Schaden relevant, den eine Partei im Falle eines materiell falschen, gegen sie gerichteten Massnahmeentscheides erleidet. Dieser Schaden ist meist nur deshalb irreparabel, weil er in seiner Höhe nicht bestimmbar und daher auch nicht beweisbar ist und deswegen der rein theoretisch bestehende

344 I. Meier, Grundlagen, S. 220 ff.; vgl. J. Leubsdorf, Standard, S. 542 f.

345 A. Wilson, Interlocutory Injunctions, S. 302 f.; vgl. Megaw L.J. in *Hubbard v. Vosper* (1972) 2 QB 84, S. 97.

346 S. 68 ff.

Schadenersatzanspruch nicht durchgesetzt werden kann. Diese Beweisschwierigkeiten führen aber dazu, dass die mögliche irreparable Schädigung einer Partei in der Regel nicht exakt bestimmt³⁴⁷, sondern nur abgeschätzt werden kann³⁴⁸. Werden noch öffentliche Interessen in die Interessenabwägung einbezogen, so müssen diese natürlich auch quantifiziert werden. Dem Richter obliegt es dann, das Ausmass der volkswirtschaftlichen Schäden abzuschätzen³⁴⁹.

*b) Die Quantifizierung der richterlichen Überzeugung
bezüglich des Verfügungsanspruchs*

aa) Tatsächliche Grundlagen

Wie vorne dargestellt, ist es im Massnahmeverfahren nicht nötig, dass der Kläger den Richter von der Existenz der anspruchsbegründenden Tatsache völlig überzeugt; es genügt, wenn er ihn von der Wahrscheinlichkeit ihrer Existenz überzeugt.

Trotz vieler Versuche der amerikanischen Lehre, diese Wahrscheinlichkeit rechnerisch mit Hilfe des Bayes-Theorems³⁵⁰ zu erfassen, ist keine exakte Berechnung möglich. Mit derartigen Operationen kann zwar aus verschiedenen Einzelwahrscheinlichkeiten die Gesamtwahrscheinlichkeit der Tatbestandserfüllung abgeleitet, das eigentliche Grundproblem jedoch nicht gelöst werden, da nicht berechnet werden kann, auf welche Wahrscheinlichkeit des Sachverhaltseintritts ein einzelnes Indiz schliessen lässt. Dies führt dazu, dass die Wahrscheinlichkeit der Erfüllung des Tatbestandes auch bei den eben erwähnten Berechnungen doch nur auf der notgedrungenen intuitiven oder erfahrungsbestimmten Würdigung von einzelnen Indizien durch den Richter beruht³⁵¹. Da diese Würdigung der einzelnen Indizien aber nie eine im mathematischen Sinne exakte, sondern, basierend auf Erfahrung oder Intuition, nur eine ungefähre sein kann, ist es dem Richter nicht möglich, seine Überzeugung in bezug auf die Existenz der anspruchsbegründenden Tatsachen genau zu quantifizieren; er kann sie höchstens abschätzen. Diese Schätzung kann bei entsprechender Erfahrung des Richters allerdings ziemlich genau sein.

347 C.L. Hellerich, *Imminent Irreparable Injury*, S. 1053 f.; J. Leubsdorf, *Standard*, S. 553.

348 Zu Schätzmethoden: J. Leubsdorf, *Standard*, S. 553 f.

349 Vgl. dagegen I. Meier, S. 232, der die Beeinträchtigung derartiger Interessen nicht direkt in die Interessenabwägung einbezieht, sondern als Faktor bei der Wertung der Gefährdung der beiden Parteien berücksichtigt.

350 Dazu J. Kaplan, *Decision Theory*, S. 1083 f.

351 Vgl. die Darlegungen von J. Kaplan, *Decision Theory*, S. 1083 ff.; A.D. Cullison, *Probability Analysis*, S. 563 ff.; kritisch: L.H. Tribe, *Trial by Mathematics*, S. 1329 ff.

bb) Rechtliche Würdigung

Wie vorne³⁵² gezeigt, entscheidet der Richter beim Massnahmeverfahren meist in voller subjektiver Überzeugung von der Richtigkeit seiner rechtlichen Würdigung; nur in komplexen Fällen kann es vorkommen, dass er sich für eine bloss wahrscheinlich richtige Lösung entscheiden muss. Auch bei voller subjektiver Überzeugung muss der Richter jedoch in Betracht ziehen, dass das Gericht im ordentlichen Prozess anders entscheiden könnte, und deshalb die objektive Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der gewählten rechtlichen Lösung mit weniger als 100% veranschlagen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die betreffende Rechtsfrage umstritten ist oder keine höchstrichterlichen Präjudizien vorhanden sind.

Da keine Möglichkeit zur exakten Berechnung dieser Wahrscheinlichkeit besteht, muss der Richter auch in diesem Bereich zu einer Schätzung greifen. Eine derartige Schätzung fällt dem Richter meist leichter, wenn er nicht von seiner eigenen Überzeugung ausgeht, sondern sich im Sinne einer Hauptsachenprognose³⁵³ überlegt, wie das Gericht im ordentlichen Prozess entscheiden könnte.

cc) Gesamtberechnung

Zur Quantifizierung der richterlichen Überzeugung bezüglich des Verfügungsanspruches müssen nach den Regeln der Wahrscheinlichkeitsrechnung die Wahrscheinlichkeiten für die Richtigkeit der rechtlichen Würdigung und für die Existenz der anspruchsbegründenden Tatsachen multipliziert werden³⁵⁴. Ist der Richter also z.B. aufgrund einer Zeugenaussage und der Parteiaussage des Antragstellers zu 70% davon überzeugt, dass der Antragsgegner öffentlich bestimmte Äusserungen über den Antragsteller gemacht hat, und zu ebenfalls 70% davon, dass diese als herabsetzend im Sinne von Art. 1 Abs. I lit. a UWG zu würdigen sind, so muss er folgerichtig seine Überzeugung von der Existenz des Verfügungsanspruches mit etwa 50% veranschlagen³⁵⁵.

c) Schlussfolgerung

Wie vorne dargestellt, muss der Richter die Wahrscheinlichkeit der Existenz des Verfügungsanspruches mit dem möglichen irreparablen Schaden, den der Antragsteller ohne Massnahmeerlass erleidet, multiplizieren, dann dieselbe Operation in

352 S. 51 ff.

353 Zu diesem Begriff: I. Meier, Grundlagen, S. 225; er entspricht der anglo-amerikanischen "probability of success".

354 A.D. Cullison, Probability Analysis, S. 541.

355 $70\% \cdot 70\% = 49\%$.

bezug auf den Antragsgegner machen und schliesslich die beiden so erhaltenen wahrscheinlichen Schäden vergleichen.

Wie eben dargestellt, basiert eine derartige Berechnung auf nicht exakt berechenbaren Werten, da einerseits der irreparable Schaden nicht genau berechnet werden kann, andererseits aber auch die richterliche Überzeugung bezüglich der Existenz des Verfügungsanspruches nur durch Schätzung quantifiziert werden kann. Deshalb sind absolut exakte Berechnungen, wie sie *I. Meier*³⁵⁶ und *J. Leubsdorf*³⁵⁷ demonstrieren, meist unmöglich. Bei seriösen Schätzungen lassen sich mit dieser Methode aber dennoch Resultate erzielen, die annähernd genau sind.

Im Sinne einer Zusammenfassung soll die hier vertretene Methode noch einmal an einem Beispiel dargestellt werden:

A ist ein marktmächtiger Jeanshersteller. Er tätigt unter der Marke X einen Umsatz von Fr. 20'000'000.—, während er mit der Marke Y, unter der er Jeans für gehobene Ansprüche vertreibt, einen Umsatz von Fr. 10'000'000.— erzielt. A verkauft seine Jeans nur unter Preisbindung. Als ihm B, ein Textildetailhändler, mitteilt, dass er die Preisbindung nicht mehr einhalten werde und beabsichtige, sowohl die X- wie auch die Y-Jeans mit 10% Rabatt zu verkaufen, schreibt er diesem, dass er ihn nicht mehr mit Y-Jeans beliefern und ihm bei den X-Jeans den Fachhändler-rabatt von 8% streichen werde.

B, der mit der Marke X einen Umsatz von Fr. 300'000.— pro Jahr erreicht und mit der Marke Y einen Jahresumsatz von Fr. 150'000.— tätigt, beantragt darauf eine vorsorgliche Massnahme mit dem Begehren, die Liefersperre und die Rabattdiskriminierung seien zu verbieten.

Bei der Analyse der irreparablen Schäden stellt der Richter fest, dass B durch die Liefersperre zwar nicht in seiner Existenz gefährdet ist, aber dennoch einen grossen Schaden erleidet, weil er einerseits keine Y-Jeans mehr verkaufen kann und andererseits wegen seines unvollständigen Sortiments Käufer verliert, welche normalerweise noch andere Artikel zu kaufen pflegen. Da dieser Schaden in seiner Höhe kaum exakt bewiesen werden kann, muss ihn der Richter als irreparabel betrachten. Unter Berücksichtigung einer normalen Bruttomarge und der möglichen Schadensminderung schätzt ihn der Richter auf ungefähr Fr. 120'000.—. Beim Schaden, der durch die Rabattdiskriminierung entsteht, muss der Richter dagegen feststellen, dass dieser vollständig reparabel ist, da er mit Hilfe der Buchhaltung problemlos bewiesen werden kann (Einkauf von X-Jeans · 8%). Bei der Anordnung der vorsorglichen Massnahme dagegen erleidet A einen Schaden; sein Preisbindungssystem, das er während der Geltungsdauer der Massnahme nicht mehr durchsetzen kann, wird wahrscheinlich zusammenbrechen, was nach aller Erfahrung dazu führen wird, dass er seine Verkaufspreise senken muss. Da dabei der Kausalzusammenhang wegen der anderen wirtschaftlichen Einflüsse nicht nachgewiesen werden kann, ist auch dieser Schaden als irreparabel zu betrachten; der Richter

356 I. Meier, Grundlagen, S. 240.

357 J. Leubsdorf, Standard, S. 542; er betrachtet das dort gemachte Beispiel aber selbst als Ausnahme.

schätzt ihn auf 5% des Umsatzes, d.h. auf Fr. 1'000'000.— bei der Marke X und auf Fr. 500'000.— bei der Marke Y. Nun muss aber auch noch berücksichtigt werden, dass ohne Massnahmeerlass bei der Marke Y auf der Detailhandelsstufe kein Wettbewerb besteht und damit das vom Kartellgesetz geschützte öffentliche Interesse am Wettbewerb beeinträchtigt wird. Dieser Ausschluss des Wettbewerbs führt zu einem überhöhten Marktpreis. Da der Richter aufgrund der Rabattvorstellungen von B annehmen kann, dass bei Wettbewerb der Preis um etwa 10% niedriger wäre, kann er den volkswirtschaftlichen Schaden der Wettbewerbsbeschränkung mit etwa 10% des Gesamtumsatzes in Y-Jeans von etwa Fr. 19'000'000.— (Detailhändlerpreis inkl. Bruttomarge), d.h. mit Fr. 1'900'000.—, veranschlagen. Damit kommt er in der Aufstellung der irreparablen Schädigungen zu folgendem Ergebnis:

	Liefersperre (Marke Y)	Rabatt- diskriminierung (Marke X)
irreparable Schäden bei Erlass einer Massnahme	A 500'000.—	1'000'000.—
irreparable Schäden bei der Verweigerung einer vorsorglichen Massnahme	B 120'000.—	0.—
öffentliche Interessen	1'900'000.— 2'020'000.—	0.—

Bei der Analyse der Rechtslage berücksichtigt der Richter, dass A seine Preisbindung nur ganz ungenügend mit sachlichen Argumenten stützen kann und B andererseits durch Inerate glaubhaft machen kann, dass sich einige Grossverteiler ebenfalls nicht an die Preisbindung halten und A offenbar nicht gegen sie vorgeht. Er kommt daher zum Schluss, dass ein Obsiegen des B zu 70% wahrscheinlich sei, während er die Wahrscheinlichkeit für ein Obsiegen des A mit 30% veranschlägt.

Daraus ergeben sich die folgenden wahrscheinlichen Schäden:

	Liefersperre (Marke Y)	Rabatt- diskriminierung Marke X)
bei Erlass der vorsorglichen Massnahme	$500'000.- \times 30\%$ $= 150'000.-$	$1'000'000.- \times 30\%$ $= 300'000.-$
bei Verweigerung einer vorsorglichen Massnahme	$2'020'000.- \times 70\%$ $= 1'414'000.-$	$0.- \times 70\%$ $= 0.-$

Damit muss der Richter die begehrte vorsorgliche Massnahme in bezug auf die Liefersperre erlassen, während er die vorsorgliche Massnahme gegen die Rabatt-diskriminierung nicht erlassen darf.

§ 4 Der Inhalt der vorsorglichen Massnahme

I. Grundsätze

A. Schranken der richterlichen Inhaltsgestaltung

1. Gesetz

Art. 9 Abs. I UWG sieht vor, dass vorsorgliche Massnahmen insbesondere zur Beweissicherung, zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes und zur vorläufigen Vollstreckung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen verfügt werden können¹. Trotz der Formulierung “insbesondere”, die dem Richter an und für sich in der Inhaltsgestaltung einen weiten Ermessensspielraum lässt, geht aus den Materialien eindeutig hervor, dass diese Aufzählung, was die Möglichkeiten der vorläufigen Vollstreckung betrifft, abschliessend ist². Daher ist die vorläufige Vollstreckung von Feststellungs-³, Schadenersatz-⁴ und Genugtuungsansprüchen⁵ von vornherein unzulässig, auch wenn evtl. in einem konkreten Fall einmal ein besonders starkes Interesse an einer derartigen vorsorglichen Massnahme vorhanden ist⁶. Von dieser Beschränkung im Bereich der vorläufigen Vollstreckung abgesehen, ist die in Art. 9 Abs. I UWG vorgenommene Aufzählung aber nicht abschliessend⁷, so dass die Bestimmung des Inhalts weitgehend im Ermessen des Richters liegt⁸.

1 Botschaft UWG 1942, S. 706.

2 Botschaft UWG 1942, S. 706; vgl. dagegen Art. 28c Abs. II Entwurf Persönlichkeitsschutz (Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 666 f.).

3 Vgl. Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 26. Januar 1977 (VKK 1977, S. 242). Zur Möglichkeit einer Feststellungsverfügung in anderen Bereichen: W. Grunsky, Grundlagen, S. 284.

4 In Deutschland ist in anderen Bereichen eine vorläufige Vollstreckung eines Schadenersatzurteils möglich, dazu Schuler, Die auf Leistung lautende einstweilige Verfügung, S. 1801 ff.; W. Grunsky, Grundlagen, S. 283 f.; F. Baur, Arrest, S. 608 f.

5 Botschaft UWG 1942, S. 706; vgl. Blum/Pedrazzini, Anm. 3 zu Art. 77 PatG.

6 Steht ein Wettbewerber wegen der unlauteren Handlungen seines Konkurrenten vor dem Ruin, so kann er ein starkes Interesse an der vorläufigen Vollstreckung des Schadenersatzanspruches haben.

7 B. von Büren, Kommentar, S. 205; Botschaft UWG 1942, S. 706.

8 Votum Lachenal, Sten.Bull. NR 1943, S. 158; vgl. O. Vogel, Probleme, S. 98; vgl. die Formulierung von Art. 77 PatG, wo weitere Möglichkeiten aufgezählt werden; dazu Blum/Pedrazzini, Anm. 3 zu Art. 77 PatG; vgl. die Formulierung von § 938 DZPO, die dieses Ermessen deutlicher in den Vordergrund stellt, dazu Stein/Jonas/Grunsky, N. 1 zu § 938 DZPO.

2. Antrag

In der schweizerischen Lehre ist umstritten, ob der Richter an einen Massnahmenantrag gebunden ist. Im ordentlichen Verfahren gilt, dass der Richter nach der Dispositionsmaxime insofern an den Antrag des Antragstellers gebunden ist, als er diesen inhaltlich wohl unter-, nicht aber überschreiten darf⁹. Dieser Grundsatz gilt auch für das Massnahmeverfahren¹⁰, da die Besonderheiten des Massnahmeverfahrens eine Abweichung von der Dispositionsmaxime nicht rechtfertigen können. Insbesondere kann der Umstand, dass der Richter bei der Inhaltsgestaltung einen grossen Ermessensspielraum hat, diese Abweichung nicht rechtfertigen, da es gerade deswegen sinnvoll ist, dass der Antrag dem Richter eine Richtlinie zur Ausübung dieses Ermessens gibt¹¹.

Ausserdem hat der Antragsteller wegen seiner Haftung für unrichtige vorsorgliche Massnahmen¹² (Art. 12 Abs. II UWG) selbst ein Interesse daran, dass der Massnahmeentscheid nicht über seinen Antrag hinausgeht. Ist der Richter nämlich an den Antrag gebunden, so hat der Antragsteller die Möglichkeit, durch entsprechend zurückhaltende Gestaltung des Antrags¹³ sein Haftungsrisiko einzuschränken.

3. Die Begrenzung auf die Parteien

Der Inhalt darf sich, soweit er in Verboten und Geboten zur vorläufigen Vollstreckung besteht, nur gegen den oder die Antragsgegner richten; Dritte oder der Antragsteller¹⁴ können nicht verpflichtet werden¹⁵. Diese an sich triviale Feststellung ergibt sich aus dem Grundsatz der Parteibezogenheit des Zivilprozesses. Daraus entstehen vor allem bei der vorläufigen Vollstreckung von Berichtigungsansprüchen Probleme, weil so zwar dem Antragsgegner befohlen werden kann, bei einem herabsetzenden Inserat eine Gegendarstellung oder einen vorläufigen Widerruf zu veröffentlichen, der Herausgeber¹⁶ des betreffenden Druckerzeugnisses

9 H.U. Walder, Zivilprozessrecht, S. 203.

10 I. Meier, Grundlagen, S. 248 f.; F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 20. Diese Bindung besteht auch in Deutschland: W. Lipps, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 227; Baumbach/Hefermehl, N. 16 zu § 25 DUWG; O. Jauernig, Inhalt, S. 322; F. Baur, Studien, S. 72 f.; Stein/Jonas/Grunsky, N. 2 zu § 938 DZPO.

11 A.M.: O. Vogel, Probleme, S. 99.

12 Dazu S. 154 ff.

13 Zur Gestaltung: H.-G. Borck, Kunstfehler, S. 276.

14 Vgl. Entscheid des OG ZH vom 20. Februar 1970 (VKK 1970, S. 229 ff., vor allem 238), wo es das Gericht deswegen ablehnt, dem Antragsteller eine exklusive Bezugspflicht aufzuerlegen.

15 Baumbach/Hefermehl, N. 17 zu § 25 DUWG; F. Baur, Arrest, S. 608; Stein/Jonas/Grunsky, N. 19 zu § 938 DZPO; vgl. I. Meier, Grundlagen, S. 41; vgl. aber die Verfügung des ER am BezG Zürich vom 11. August 1977 (erwähnt im BGE 104 II 58), wo die Telefondirektion zu einem bestimmten Handeln "eingeladen" wird).

16 Dieser ist auch nicht passivlegitimiert, vgl. S. 16 ff.

jedoch nicht zur tatsächlichen Veröffentlichung gezwungen werden kann. Auch bei kartellrechtlichen Boykottfällen, in denen der Antragsteller die provisorische Durchsetzung einer Abnahme- oder Belieferungspflicht erreichen will, macht dieser Grundsatz Schwierigkeiten: Richtet sich das Massnahmebegehren gegen ein Kartell, das als selbständige juristische Person, etwa als Verein, organisiert ist, so kann seinen Mitgliedern, die den Boykott durchführen, keine Liefer- oder Abnahmepflicht auferlegt werden. Bestenfalls kann dem Kartell befohlen werden, Boykottaufrufe in Zukunft zu unterlassen und im Sinne der Beseitigung einen bereits ergangenen Aufruf zu widerrufen¹⁷. Daher muss der Antragsteller bei kartellrechtlichen Boykottfällen neben dem Kartell immer noch dessen Mitglieder einklagen, da er nur dann einen praktisch wirksamen Massnahmeentscheid erhalten kann¹⁸.

4. Das materielle Recht

Das materielle Recht stellt eine absolute Schranke für die Inhaltsgestaltung der vorsorglichen Massnahme dar; der Richter darf dem Antragsteller im Massnahmeentscheid nicht mehr zuerkennen, als ihm nach seinem materiellrechtlichen Anspruch zusteht¹⁹. Die vorsorgliche Massnahme darf also grundsätzlich nicht weiter gehen, als ein ordentliches Urteil in derselben Sache gehen könnte²⁰. Ist der ordentliche Prozess schon eingeleitet und wird während seiner Dauer eine vorsorgliche Massnahme verlangt, so ergibt sich aufgrund dieses Prinzips noch eine weitere Einschränkung: Der Inhalt der vorsorglichen Massnahme darf nicht weiter gehen als der Antrag im ordentlichen Prozess²¹, da dieser nach der Dispositionsmaxime dem ordentlichen Urteil Schranken setzt²².

Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sichernde Massnahmen gegenüber der Anspruchserfüllung immer ein aliud darstellen²³, und um im Interesse der Beteiligten eine flexible Massnahmegestaltung zu ermöglichen, ist der oben dargelegte Grundsatz jedoch nicht formal-rechtlich, sondern im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu interpretieren; die Massnahme darf also in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung nicht weiter als das mögliche ordentliche Urteil gehen,

17 Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 25. Juni 1966 (VKK 1967, S. 327).

18 Vgl. die Anträge im Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 218).

19 W. Grunsky, Grundlagen, S. 282; O. Vogel, Probleme, S. 98; F. Baur, Studien, S. 44; W. Grunsky, Leistungserbringung, S. 42; kritisch: A. Gloor, Vorsorgliche Massnahmen, S. 98 f.; I. Meier, Grundlagen, S. 31.

20 F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 20; Baumbach/Hefermehl, N. 17 zu § 25 DUWG; F. Baur, Arrest, S. 608; Stein/Jonas/Grunsky, N. 18 zu § 938 DZPO.

21 B. von Büren, Kommentar, S. 205; vgl. Urteil des OG ZH vom 10. September 1953 (ZR 52 [1953] Nr. 140).

22 H.U. Walder, Zivilprozess, S. 203.

23 O. Jauernig, Inhalt, S. 326; F. Baur, Studien, S. 27 f., 49; A. Gloor, Vorsorgliche Massnahmen, S. 101.

kann gegebenenfalls aber vom Inhalt des materiellen Anspruchs abweichen²⁴. So kann dem Antragsgegner bei einer Verwendung von ähnlichen Ausstattungen befohlen werden, entsprechend seiner Produktion Geld in der Höhe einer ungefähren Lizenzgebühr zu hinterlegen; der Antragsteller hat an und für sich keinen Anspruch auf eine Lizenzgebühr, weil kein Lizenzvertrag vorhanden ist; die Sicherstellung geht aber wirtschaftlich nicht weiter als sein Schadenersatzanspruch, der ungefähr der Höhe der entgangenen Lizenzgebühr entspricht²⁵.

Die Forderung von *F. Hasenböhler*²⁶, dass der Massnahmeinhalt gegenüber dem ordentlichen Urteil und damit gegenüber der vollständigen Anspruchsdurchsetzung immer ein Minus darstellen muss, kann dagegen weder in dieser absoluten Form noch als Postulat der Inhaltsgestaltung²⁷ aufrechterhalten werden. Gerade im Wettbewerbsrecht gibt es nämlich oft Situationen, in denen die volle Anspruchsdurchsetzung als optimale Inhaltsgestaltung erscheint und es daneben kein praktisch mögliches Minus gibt, das dem Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers noch gerecht würde²⁸. So besteht im Falle herabsetzender Werbung für den Richter nur die Möglichkeit, entweder die vorläufige Unterlassung oder aber gar nichts zu verfügen²⁹; die Möglichkeit, ein dazwischenliegendes Minus anzuordnen, hat er dagegen nicht. Die strikte Forderung nach dem Minus müsste in derartigen Fällen gezwungenermassen immer zu einer Ablehnung des Massnahmebegehrens des Antragstellers und damit zu dessen Schutzlosigkeit führen³⁰.

5. Das Problem der definitiven Anspruchserledigung

F. Hasenböhler folgert aus dem Zweck der vorsorglichen Massnahme, den er in der Gewährung nur vorläufigen Rechtsschutzes sieht, dass diese ihrem Inhalt nach nicht zu einer definitiven Entscheidung führen dürfe³¹. Gerade im Bereich des Wettbewerbsrechts gibt es aber Fälle, in denen die vorsorgliche Massnahme zwangsläufig faktisch definitiv wirkt³². Geht es beispielsweise um die Beurteilung von zeit-

24 W. Grunsky, Grundlagen, S. 283; vgl. A. Gloor, Vorsorgliche Massnahmen, S. 104; kritisch dazu: I. Meier, Grundlagen, S. 32.

25 Vgl. die von W. Grunsky, Grundlagen, S. 282 f., erwähnten Beispiele.

26 F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 21; vgl. F.J. Meng, Vorsorgliche Verfügung, S. 112 f.

27 Dazu F. Baur, Arrest, S. 608; ders., Studien, S. 19, 58.

28 Vgl. F. Baur, Arrest, S. 608, der postuliert, dass die einstweilige Verfügung "wenn möglich" ein Minus gegenüber dem ordentlichen Urteil sein solle.

29 Ganz allgemein gilt bei fast allen Unterlassungsansprüchen dieses "alles oder nichts", W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 411.

30 Vgl. J. Leubsdorf, Standard, S. 545 f., der dieses Postulat ebenfalls ablehnt.

31 F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 21; vgl. F. Baur, Studien, S. 44; Blum/Pedrazzini, Anm. 3 zu Art. 77 PatG.

32 Dazu W. Lipps, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 226; W. Grunsky, Grundlagen, S. 284; E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 18.

gebundenen Wettbewerbshandlungen³³, d.h. Wettbewerbshandlungen, die später nicht wiederholt werden können, so wirkt die in einer vorsorglichen Massnahme angeordnete provisorische Vollstreckung des Unterlassungsanspruches notgedrungen faktisch endgültig³⁴. Wollte man nun dem Postulat von *F. Hasenböhler* folgen und in derartigen Situationen auf eine provisorische Vollstreckung verzichten, so würde dies zur unerfreulichen Konsequenz führen, dass in diesen Fällen dem Antragsteller oft gar kein Rechtsschutz gewährt werden kann, weil neben der vorläufigen Vollstreckung keine anderen Alternativen für die inhaltliche Gestaltung vorhanden sind, die dem Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers noch in genügender Weise entgegenkommen. Kündigt beispielsweise ein Händler kurz vor einer Verkaufsmesse an, dass er während der Dauer der Messe einen Messerabatt von 15% gewähre, so kann diese gegen die AO verstossende Wettbewerbshandlung nur durch die Verfügung einer vorläufigen Unterlassungspflicht verhindert werden, da es keine andere Möglichkeit gibt, das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers zu wahren. Daher ist also das Postulat von *F. Hasenböhler* in bezug auf faktisch definitive Massnahmen abzulehnen³⁵.

B. Die Gestaltung des Inhalts

Nachdem nun die absoluten Grenzen der Inhaltsgestaltung abgesteckt sind, sollen im folgenden die allgemeinen Grundsätze betrachtet werden, nach denen sich das Ermessen des Richters bei der Gestaltung des Inhalts der vorsorglichen Massnahme richtet.

1. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit nach herrschender Lehre und Praxis

Bei der Behandlung der Inhaltsgestaltung wird in der schweizerischen Lehre meist das Prinzip der Verhältnismässigkeit als grundlegende Richtlinie aufgeführt und postuliert, dass von mehreren möglichen Massnahmen, welche die Interessen des Antragstellers in genügender Weise wahren, diejenige zu verfügen sei, die zum geringstmöglichen Eingriff in die Interessen des Antragsgegners führt³⁶. Dieses von

33 Zu diesem Begriff: S. 179 f.

34 Vgl. die dem Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 26. Januar 1977 (VKK 1977, S. 242) zugrundeliegende Situation: Ein ausgesperrter Messeteilnehmer verlangt einen Monat vor Messebeginn als Aussteller zugelassen zu werden.

35 I. Meier, Grundlagen, S. 300; vgl. Baumbach/Hefermehl, N. 15 zu § 25 DUWG, die das Verbot der definitiven Regelung sehr eng interpretieren; vgl. auch Stein/Jonas/Grunsky, N. 3 zu § 938 DZPO.

36 O. Vogel, Probleme, S. 98; Blum/Pedrazzini, Anm. 2 zu Art. 77 PatG; eingehend A. Gloor, Vorsorgliche Massnahmen, S. 112 ff.; BGE 94 I 10 (PatG); vgl. F. Baur, Arrest, S. 608;

der herrschenden Lehre vertretene Verhältnismässigkeitsprinzip kann aber, wie I. Meier³⁷ richtig erkannt hat, im konkreten Fall meist keine brauchbaren Anhaltspunkte zur Inhaltsgestaltung geben, da es kaum je Massnahmen gibt, die bei gleicher Wirkung zugunsten des Antragstellers den Antragsgegner verschieden stark gefährden, so dass eine als eindeutig milder bezeichnet werden kann. Normalerweise ist eine für den Antragsgegner mildere Massnahme auch in der Wahrung der Interessen des Antragstellers weniger wirksam.

Daher muss ein Kriterium für die Inhaltsgestaltung gefunden werden, das nicht nur auf die Milderung der Gefährdung des Antragsgegners abstellt, sondern auch die Einbusse an Wirksamkeit, die sich für den Antragsteller negativ auswirkt, berücksichtigt und diese beiden Momente zueinander in Beziehung setzt.

2. Die Inhaltsgestaltung im Lichte des Ziels der vorsorglichen Massnahme

Wie vorne³⁸ gezeigt, entscheidet der Richter im Massnahmeverfahren zugunsten der Partei, die im Falle eines gegen sie gerichteten materiell falschen Entscheides den grösseren wahrscheinlichen Schaden³⁹ erleiden würde. Damit erlässt er also eine Massnahme, wenn dem Antragsteller im Falle der Ablehnung ein höherer wahrscheinlicher Schaden droht als dem Antragsgegner beim Erlass einer Massnahme; überwiegt dagegen der wahrscheinliche Schaden des Antragsgegners, so lehnt er den Massnahmeerlass ab. Da die Höhe der wahrscheinlichen Schädigung stark von der konkreten inhaltlichen Gestaltung der betreffenden Massnahme abhängt⁴⁰, muss der Richter bei einem Massnahmeverfahren zuerst alle möglichen Massnahmen auflisten und dann jede einzelne daraufhin untersuchen, wessen wahrscheinlicher Schaden überwiegt. Dabei ist es durchaus möglich, dass es mehrere Massnahmen gibt, bei denen der wahrscheinliche Schaden des Antragstellers denjenigen des Antragsgegners übertrifft, und deshalb die Voraussetzungen zum Erlass grundsätzlich gegeben sind. Beantragt z.B. ein Wettbewerber, der von der herabsetzenden Werbung eines Konkurrenten in seinen Interessen verletzt wird, eine vorsorgliche Massnahme, so ist es möglich, dass der Richter bei der Analyse der wahrscheinlichen Schäden feststellt, dass bei einem provisorischen Widerruf der wahrscheinliche Schaden des Antragsgegners gegenüber dem des Antragstellers überwiegt, dass aber bei einer Verfügungsveröffentlichung, einer Gegendarstellung oder einer Sicherheitsleistung der des Antragstellers grösser ist. Nach den vorne

Stein/Jonas/Grunsky, N. 17 zu § 938 DZPO; vgl. Beschluss des OG ZH vom 23. Oktober 1963 (Mitteilungen 1964, S. 124 ff., vor allem 134); kritisch zur Brauchbarkeit: I. Meier, Grundlagen, S. 300.

37 I. Meier, Grundlagen, S. 300.

38 Dazu S. 89 ff.

39 Dies ist der mit der Wahrscheinlichkeit des Obsiegens im Hauptverfahren multiplizierte irreparable Schaden. Dazu S. 90 f.

40 C.L. Hellerich, *Imminent Irreparable Injury*, S. 1055 ff.

dargestellten Voraussetzungen wäre also der Erlass jeder dieser Massnahmen möglich. Wie soll nun der Richter unter diesen auswählen? Soll er die für den Antragsgegner mildeste oder die für die Interessenwahrung des Antragstellers wirksamste Massnahme anordnen? Will der Richter nun die Interessen beider Parteien wahren⁴¹, so steht er vor einem Optimierungsproblem, denn jede Massnahme, die für den Antragsgegner milder ist, ist auch für den Antragsteller weniger wirksam. Das zur Lösung dieses Problems nötige Optimierungskriterium muss dabei aus dem Ziel⁴² der vorsorglichen Massnahme, den irreparablen Schaden, der bis zum Urteil im ordentlichen Verfahren entsteht, möglichst gering zu halten, abgeleitet werden. Im Sinne dieses Grundsatzes ist der Übergang von der vollen provisorischen Anspruchserfüllung zu einer milderen Form der vorsorglichen Massnahme nur dann sinnvoll, wenn die Verringerung des wahrscheinlichen Schadens auf der Seite des Antragsgegners grösser ist als die Zunahme an wahrscheinlichem Schaden auf der Seite des Antragstellers, die dadurch bewirkt wird, dass die Massnahme weniger wirksam ist als die volle provisorische Anspruchserfüllung⁴³.

Dieser Grundsatz ist im folgenden anhand des vorne erwähnten Beispiels zu verdeutlichen: Bei der Analyse der möglichen Massnahmeeinhalte (Verfügungsveröffentlichung, Gegendarstellung und Sicherheitsleistung) stellt der Richter fest, dass aus der Sicht des Antragsgegners die Anordnung einer Sicherheitsleistung die mildeste Massnahme wäre, da sie diesem keinen irreparablen Schaden verursacht⁴⁴, während die Gegendarstellung und die Verfügungsveröffentlichung zu einem irreparablen Schaden führen können, weil sie die Glaubwürdigkeit der Werbung des Antragstellers erschüttern⁴⁵.

Dabei ist die Schädigung, die durch eine Gegendarstellung verursacht wird, aber immer noch geringer als die, welche durch die Anordnung einer Verfügungsveröffentlichung entsteht, weil die Glaubwürdigkeit der Werbung durch die Veröffentlichung einer gerichtlichen Verfügung stärker erschüttert wird als durch eine blossе Gegendarstellung⁴⁶. Von der Position des Antragstellers aus betrachtet ist dagegen die Verfügungsveröffentlichung am wirksamsten, während die Gegendarstellung nicht ganz so wirksam ist und nur einen Teil, wenn auch den überwiegenden, des irreparablen Schadens verhindern kann. Die Sicherheitsleistung dagegen ist für ihn untauglich, da sie nichts daran ändert, dass der durch die herabsetzende Werbung entstehende Schaden wegen Beweisschwierigkeiten irreparabel bleibt⁴⁷. Ist nun die Vergrösserung des wahrscheinlichen Schadens, d.h. des mit der Wahrscheinlichkeit seines Obsiegens multiplizierte irreparable Schaden, auf der Seite des Antragstellers beim Übergang von der Verfügungsveröffentlichung zur Gegendarstellung kleiner

41 Zur Notwendigkeit, beide Interessen zu beachten: F. Baur, Studien, S. 73; D. Leipold, Grundlagen, S. 90.

42 Dazu S. 13 f.

43 Vgl. I. Meier, Grundlagen, S. 239 ff., mit mathematisch berechneten Beispielen.

44 Vgl. S. 80.

45 Vgl. S. 79.

46 Vgl. S. 79 f.

47 Dazu S. 108 f.

als die Verminderung des wahrscheinlichen Schadens auf der Seite des Antragsgegners, so ist es richtig, statt der Veröffentlichung die Gegendarstellung zu verfügen⁴⁸. Die blossе Anordnung einer Sicherheitsleistung dagegen ist nicht tunlich, weil die Einbusse an Wirksamkeit zu Lasten des Antragstellers sicher grösser ist als die Verminderung des wahrscheinlichen Schadens beim Antragsgegner. Aus dieser gegenüber dem Verhältnismässigkeitsprinzip verfeinerten Betrachtung ergibt es sich im übrigen auch, dass dem manchmal geäusserten Postulat, dass, wenn immer möglich, auf die volle Anspruchsbefriedigung im Massnahmeverfahren zu verzichten und eine mildere Massnahme zu wählen sei⁴⁹, nicht unbedingt zu folgen ist⁵⁰, da bei Fällen, in denen die wahrscheinliche Schädigung des Antragstellers eindeutig überwiegt, nach dem hier postulierten Kriterium die vorläufige Vollstreckung meist als optimale Inhaltsgestaltung erscheint.

II. Die einzelnen Massnahmearten

Im folgenden sollen nun die in Wettbewerbssachen normalerweise auftretenden Verfügungstypen ihrem Inhalt nach untersucht werden. Die dabei vorgenommene Unterteilung in sichernde und befriedigende Massnahmen ist rein beschreibender Natur, d.h. die vorne erarbeiteten Grundsätze zur Inhaltsgestaltung gelten für beide Kategorien⁵¹.

A. Sichernde Massnahmen

1. Allgemeines

Als sichernd werden vorsorgliche Massnahmen bezeichnet, die ihrem Inhalt nach nicht zur vorläufigen Durchsetzung der subjektiven Rechte des Antragstellers führen, sondern nur die zukünftige Durchsetzung sichern sollen⁵². Die wettbewerbsrecht-

48 Vgl. E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 151.

49 F. Baur, Arrest, S. 608; ders., Studien, S. 58.

50 Vgl. die Kritik an dieser Ansicht bei J. Leubsdorf, Standard, S. 545 f.; I. Meier, Grundlagen, S. 243, kommt sogar zum Schluss, dass der volle Rechtsschutz meist die optimale Lösung ist.

51 Vgl. dagegen O. Jauernig, Inhalt, S. 324 f., der die verschiedenen von ihm entwickelten Verfügungskategorien (Sicherungsverfügung, Regelungsverfügung, Leistungsverfügung) in bezug auf ihren Inhalt verschiedenen Regeln unterwirft. Während in Deutschland eine getrennte Behandlung wegen der verschiedenen Rechtsgrundlagen (§ 935 bzw. 940 DZPO) angezeigt ist, kann sie in der Schweiz wegen der einheitlichen Grundlage (Art. 9 Abs. 1 UWG) nicht sinnvoll sein; vgl. F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 6; vgl. I. Meier, Grundlagen, S. 112, 303.

52 O. Jauernig, Inhalt, S. 326.

lichen Realansprüche, d.h. die Unterlassungs- und die Beseitigungsansprüche, lassen sich aber im Gegensatz zu den dinglichen oder obligatorischen Herausgabeansprüchen nicht sichern⁵³. Bei ihnen besteht deshalb meist nur die Alternative, entweder ihre vorläufige Durchsetzung oder gar nichts zu verfügen⁵⁴. Der Schadenersatzanspruch, der als wettbewerbsrechtlicher Ersatzanspruch entsteht, wenn die Realansprüche schuldhaft nicht erfüllt werden, kann dagegen zwar grundsätzlich durch eine Kautionsleistung gesichert werden. Wie weiter hinten noch zu zeigen ist, kann diese sichernde Massnahme das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers aber nur in den wenigsten Fällen befriedigen⁵⁵. Sichernde Massnahmen sind daher im Bereiche des Wettbewerbsrechts nur selten mit Aussicht auf Erfolg anzuwenden; die Mehrzahl aller Massnahmeverfahren führt zur Anordnung der vorläufigen Vollstreckung, die weiter hinten noch genauer zu betrachten ist⁵⁶.

Von der Sicherung der wettbewerbsrechtlichen Real- und Ersatzansprüche ist die Sicherung der in einer vorsorglichen Massnahme angeordneten vorläufigen Vollstreckung zu unterscheiden. Die in einer derartigen Verfügung angeordneten Verbote und Gebote werden normalerweise mit der Androhung der Ungehorsamsstrafe im Sinne von Art. 292 StGB gesichert⁵⁷, wobei bei juristischen Personen die Strafe den massgebenden Organen anzudrohen ist. Daneben können aber noch weitere Massnahmen vorgesehen werden, um die Befolgung der richterlichen Anordnung sicherzustellen: Beispielsweise kann eine Unterlassungsverfügung, in der die Verbreitung von bestimmten Prospekten unlauteren Inhalts untersagt wird, durch die Beschlagnahme der noch vorhandenen Prospekte gesichert werden^{58,59}. Im allgemeinen ist von einer derartigen Sicherung aber abzusehen⁶⁰, da die Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB normalerweise genügt, um die Befolgung der richterlichen Anordnung sicherzustellen⁶¹. Weitergehende Anordnungen sind nur dann zu treffen, wenn vorauszusehen ist, dass diese Drohung den Antrags-

53 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 411; Meier-Wild, Vorsorgliche Massnahme, S. 178; F. Baur, Studien, S. 50 f.; O. Jauernig, Inhalt, S. 323 f., 328 f.; eine sichernde Massnahme, wie z.B. die Beschlagnahme von unlauterem Werbematerial, läuft immer auf die indirekte Anordnung einer Unterlassungs- oder Beseitigungspflicht hinaus. Vgl. das Urteil des LG Braunschweig vom 18. März 1954 (NJW 1954, S. 1488 f.) mit Anmerkung Löffler; a.M. E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 155.

54 W. Grunsky, Grundlagen, S. 284; vgl. schon Meier-Wild, Vorsorgliche Massnahme, S. 178, der die von Callmann, Unlauterer Wettbewerb, S. 583, gegebenen Beispiele sichernder Verfügung untersucht.

55 S. 108 f.

56 S. 109 ff.

57 Dazu G. Stratenwerth, Strafrecht BT II, S. 294 ff.

58 Beschluss des OG ZH vom 22. November 1978 (Mitteilungen 1982, S. 210 ff.); vgl. das Urteil des LG Braunschweig vom 18. März 1954 (NJW 1954, S. 1488 f.).

59 Die in Deutschland mögliche Sicherheitsleistung des Antragsgegners zur Sicherung der Verfügungsbefolgung (dazu H.H. Becker, Auferlegung einer Sicherheit, S. 2424 f.) ist in der Schweiz nicht möglich, da Art. 10 Abs. II UWG bestimmt, dass dem Antragsgegner nur dann eine Sicherheit auferlegt werden kann, wenn keine anderen Anordnungen verfügt werden.

60 Vgl. die kritische Anmerkung von Löffler zum eben genannten Urteil (NJW 1954, S. 1488).

61 Verfügung des ER am HG ZH vom 6. Februar 1979 (Mitteilungen 1982, S. 95 ff.) (PatG).

gegner nicht davon abhalten wird, sich über die in der vorsorglichen Massnahme verfügbaren Anordnungen hinwegzusetzen.

2. Vorsorgliche Massnahmen zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes

Art. 9 Abs. I UWG nennt an zweiter Stelle der im Massnahmeverfahren möglichen Anordnungen die Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes⁶². Diese Art von Massnahme ist aber in den meisten Fällen nicht möglich⁶³, weil das Wettbewerbsrecht nicht einen Zustand, sondern einen dynamischen Handlungsablauf regelt⁶⁴; daher sind Eingriffe, die rein auf statische Bewahrung eines bestimmten Zustandes gerichtet sind, notgedrungen immer mit Verboten oder Geboten bezüglich ganz bestimmter Handlungen verbunden⁶⁵. Damit unterscheiden sie sich aber nicht mehr von der vorläufigen Durchsetzung von Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüchen⁶⁶, denn diese Verbote oder Gebote müssen zwangsläufig den zu schützenden Ansprüchen entsprechen.

3. Die Sicherheitsleistung des Antragsgegners

a) *Die Anordnung einer Sicherheitsleistung als Inhalt einer vorsorglichen Massnahme*

Entgegen einer vordergründigen Betrachtung des Wortlauts von Art. 10 Abs. II UWG, der mit der Wendung "so kann von einer vorsorglichen Massnahme abgesehen ... werden" eigentlich besagt, dass die Anordnung einer Sicherheitsleistung keine vorsorgliche Massnahme ist, muss diese dennoch als vorsorgliche Massnahme mit besonderem Inhalt betrachtet werden⁶⁷, weil sie sich weder im Verfahren noch in den Voraussetzungen ihrer Anordnung von anderen vorsorglichen Massnahmen unterscheidet⁶⁸. Richtig ausgelegt, soll Art. 10 Abs. II UWG nur besagen, dass im Sinne des vorne dargelegten Verhältnismässigkeitsprinzips eine Sicherheitsleistung dann anzuordnen ist, wenn auf diese Weise das Rechtsschutzbedürfnis des Antrag-

62 Vgl. § 25 DUWG, wo ebenfalls die Sicherung der Ansprüche erwähnt wird, obwohl diese praktisch unmöglich ist. F. Baur, Studien, S. 57, FN 35.

63 Vgl. W. Grunsky, Grundlagen, S. 284.

64 Dazu vorne S. 4 ff.; vgl. zur Problematik der Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes H.P. Ming, Vorsorgliche Massnahme, S. 19 f.; A. Gloor, Vorsorgliche Massnahmen, S. 96 f.

65 A. Gloor, Vorsorgliche Massnahmen, S. 96 ff.; vgl. auch schon die bei Meier-Wild, Vorsorgliche Massnahme, S. 178, erwähnten Beispiele.

66 Vgl. O. Jauernig, Inhalt, S. 328 f.

67 I. Meier, Grundlagen, S. 301.

68 Vgl. Entscheid des OG ZH vom 15. Dezember 1959 (Mitteilungen 1961, S. 169 ff. = ZR 60 [1961] Nr. 67).

stellers ohne Verfügung der in Art. 9 Abs. I UWG erwähnten Anordnungen gewahrt werden kann⁶⁹. Nach dem Wortlaut von Art. 10 Abs. II UWG muss die Initiative zur Sicherheitsleistung vom Antragsgegner ausgehen⁷⁰. Dieser hat vor allem deshalb ein Interesse an einer derartigen Inhaltsgestaltung, weil sie ihm normalerweise keinen irreparablen Schaden verursacht⁷¹. Die Sicherheitsleistung wird im allgemeinen nur angeordnet, wenn sie realiter angeboten wird⁷², da Art. 10 Abs. II UWG von "leisten" spricht, und dem Antragsteller die Mühe abgenommen werden soll, eine Sicherheitsleistung nach Art. 88 ff. SchKG⁷³ einzutreiben. Der Richter kann zu diesem Zweck die Verfügung einer Sicherheitsleistung aber auch in dem Sinne mit dem suspensiv bedingten Erlass einer weitergehenden Massnahme verbinden, dass diese dann Platz greift, wenn die Sicherheit nicht innert kurzer Frist geleistet wird⁷⁴.

b) Die Funktion der Sicherheitsleistung

Die Sicherheitsleistung des Antragsgegners soll die Schadenersatzforderung sichern, die dem Antragsteller zusteht, wenn der Antragsgegner die inkriminierte Handlung fortsetzt und sich später in einem formell rechtskräftigen Urteil herausstellt, dass diese wirklich unlauter oder kartellrechtswidrig ist⁷⁵. Daher richtet sich ihre Höhe auch nach der eines möglichen Schadenersatzanspruches⁷⁶, den der Richter bei der Festsetzung des Sicherheitsbetrages möglichst genau abschätzen muss. Die Sicherheitsleistung erleichtert die Stellung des Schadenersatzgläubigers damit nur im Hinblick auf die Vollstreckung, nicht aber in bezug auf die übrige Problematik des Schadenersatzanspruches (dazu S. 10 f.)⁷⁷.

69 In diesem Sinne war Art. 12 Abs. II UWG des Entwurfs der Expertenkommission zu einem Gesetz über den unzulässigen Wettbewerb (bei Meier-Wild, Vorsorgliche Massnahme, S. 177) deutlich formuliert: "Wird dem Antragssteller von der Gegenpartei eine angemessene Sicherheit geleistet, so kann vor *weitergehenden* vorsorglichen Massnahmen abgesehen werden."

70 Vgl. den Antrag der Antragsgegner im Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 219 ff., vor allem 228).

71 Dazu S. 80.

72 Vgl. BGE 94 II 14.

73 Dazu K. Ammon, Grundriss, S. 68.

74 Entscheid des OG ZH vom 19. Dezember 1973 (Mitteilungen 1974, S. 115) (PatG); vgl. den im Entscheid des OG ZH vom 15. Dezember 1959 (Mitteilungen 1961, S. 169 f.) erwähnten Entscheid des Handelsgerichts.

75 Entscheid des OG ZH vom 15. Dezember 1959 (ZR 60 [1961] Nr. 67).

76 H.P. Ming, Vorsorgliche Massnahme, S. 58; Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 219 ff., vor allem 228). Diese Sicherheitsleistung muss nicht dieselbe Höhe haben wie die des Antragstellers gemäss Art. 10 Abs. II UWG, da sich jene an der Höhe des Schadenersatzanspruches des Antragsgegners bemisst.

77 In diesem Sinne ungenau: I. Meier, Grundlagen, S. 245: "Der Gegenpartei garantiert die Kautio jedoch eine Abwälzung des sie treffenden (materiellen) Schadens ..."

c) Die Wirkung und das Schicksal der Sicherheitsleistung

Die Sicherheitsleistung muss realiter erbracht werden, entweder durch die Hinterlegung von Geld oder anderen geldwerten Vermögensgegenständen oder aber durch die Beibringung von Bürgschaften Dritter⁷⁸ bzw. einer unwiderruflichen Bankgarantie⁷⁹. Macht der Antragsgegner nicht von letzterer Möglichkeit Gebrauch, sondern leistet die Sicherheit aus dem eigenen Vermögen, so wird diese seiner Verfügungsgewalt entzogen und in einer vom verfügenden Gericht zu bestimmenden Art zinstragend angelegt.

Das UWG enthält keine Bestimmungen über das Schicksal der Sicherheitsleistung; aus ihrer Funktion ergibt sich aber, dass sie zurückgegeben werden muss, wenn ein Schadenersatzanspruch ausgeschlossen ist, d.h. wenn der Schadenersatzanspruch verjährt oder die Klage rechtskräftig abgewiesen bzw. zurückgezogen wurde. Da die Anordnung der Sicherheitsleistung, wie vorne gezeigt, nur eine vorsorgliche Massnahme mit modifiziertem Inhalt ist, setzt der Richter auch bei ihr dem Antragsteller eine Klagefrist im Sinne von Art. 12 Abs. 1 UWG⁸⁰ an, bei deren Nichteinhaltung die Sicherheit ebenfalls frei wird. Obsiegt dagegen der Antragsteller im Schadenersatzprozess, so wird die Sicherheitsleistung nicht frei, obwohl vorsorgliche Massnahmen normalerweise mit dem Endurteil dahinfallen. Ihrer Funktion gemäss wird sie dazu benutzt, diesen Schadenersatzanspruch zu befriedigen, sofern der Schadenersatzschuldner ihn nicht auf andere Weise begleicht⁸¹.

d) Kann die Sicherheitsleistung die Anordnung weitergehender Massnahmen ersetzen?

Nach den vorne festgehaltenen Prinzipien der Inhaltsgestaltung kann die Sicherheitsleistung nur dann an die Stelle einer anderen weitergehenden Massnahme treten, wenn die Einbusse an Wirksamkeit, die der Antragsteller erleidet, kleiner ist als die Verminderung des wahrscheinlichen Schadens auf der Seite des Antragsgegners⁸².

Gemäss ihrer Funktion und Wirkung kann die Sicherheitsleistung aufgrund dieses Kriteriums die Anordnung einer vorläufigen Vollstreckung nur selten er-

78 Vgl. die in der Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 25. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 179 ff., vor allem 182) erwähnte Sicherheitsbestellung (allerdings Sicherheit des Antragsgegners).

79 H.P. Ming, Vorsorgliche Massnahme, S. 58; vgl. Urteil des Appellationsgerichts BS vom 30. März 1971 (BJM 1972, S. 266).

80 Dazu S. 174 ff.

81 Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn die Sicherheitsleistung aus dem Vermögen eines Dritten stammt (Bankgarantien).

82 Vgl. Stein/Jonas/Grunsky, N. 1 zu § 939 DZPO.

setzen⁸³. Die Gefährdung der Interessen des Antragstellers ergibt sich meist aus dem Umstand, dass zwar mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass er durch die Handlungen des Antragsgegners einen Schaden erleidet, dass er dessen Höhe aber nur sehr schwer oder überhaupt nicht beweisen kann⁸⁴. Zur Milderung dieser Gefährdung kann die Sicherheitsleistung nun nichts beitragen, weil sie nur die Vollstreckung des Schadenersatzurteils, nicht aber die Feststellung der Schadenshöhe erleichtert⁸⁵. Ausserdem kann die Sicherheitsleistung auch nichts zum Schutz evtl. gefährdeter öffentlicher Interessen beitragen⁸⁶. Deshalb wird die Anordnung einer Sicherheitsleistung in der deutschen Praxis auch generell als zur Schadensabwehr ungeeignet betrachtet und in Wettbewerbssachen nicht verfügt⁸⁷.

Die Sicherheitsleistung kann die Gefährdung des Antragstellers grundsätzlich nur in jenen Fällen mindern, in denen der Schaden zwar beweisbar, die Zahlung des Schadenersatzes aber wegen der drohenden Insolvenz des Antragsgegners gefährdet ist⁸⁸.

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass die Anordnung einer Sicherheitsleistung die vorläufige Vollstreckung nur dann ersetzen kann, wenn öffentliche Interessen keine weitergehende Massnahme verlangen und der Antragsteller allein wegen der drohenden Insolvenz des Antragsgegners gefährdet ist.

B. Befriedigende Massnahmen

1. Allgemeines

Unter befriedigenden Massnahmen sind hier solche zu verstehen, die vorläufig zu einer vollständigen oder teilweisen Erfüllung der materiellrechtlichen Ansprüche

83 BGE vom 6. Dezember 1977 (Mitteilungen 1978, S. 23 ff.) (PatG); Entscheid des OG ZH vom 10. November 1971 (Mitteilungen 1972, S. 112 ff.) (PatG); vgl. Entscheid des Obergerichtspräsidiums TG vom 8. Mai 1970 (ROT 1970, Nr. 29) (PatG), wo eine Sicherheitsleistung verfügt wurde, jedoch unklar ist, inwieweit sie einen Schaden verhindern oder wiedergutmachen kann.

84 Dazu S. 71 ff.

85 Vgl. Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 118 ff., vor allem 228); Entscheid des OG ZH vom 10. November 1971 (Mitteilungen 1972, S. 63); Entscheid des KG ZH vom 13. Oktober 1975 (Mitteilungen 1976, S. 199 ff., vor allem 201).

86 H.P. Ming, Vorsorgliche Massnahme, S. 57.

87 H.-G. Brock, Gegenstandswert, S. 437.

88 Vgl. den in BGE 94 I 8 ff. dargestellten Fall (PatG). Eine Sicherheitsleistung kann auch sinnvoll sein, wenn der Verletzer zwar solvent ist, seinen Sitz jedoch in einem Land hat, wo ein Schadenersatzurteil nicht vollstreckt werden kann; Entscheid des OG ZH vom 19. Dezember 1973 (Mitteilungen 1974, S. 112 ff.) (PatG). In Fällen, in denen der Schadenersatzanspruch beweisbar ist und öffentliche Interessen nicht verlangen, dass die Handlung verboten wird und auch die Insolvenz des Antragsgegners nicht zu befürchten ist, muss der Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme gänzlich abgelehnt werden und darf auch keine Sicherheitsleistung angeordnet werden, da diese funktionslos und damit eine reine Schikane wäre (dazu I. Meier, Grundlagen, S. 302).

des Antragstellers führen⁸⁹. Diese vorzeitige Erfüllung führt zu Problemen, da ein derartiger Massnahmeentscheid das ordentliche Urteil inhaltlich vorwegnimmt und bei zeitgebundenen Wettbewerbsverstössen überdies faktisch definitiv wirkt⁹⁰. Während diese Problematik weiter hinten eingehender betrachtet werden soll⁹¹, genügt es hier festzustellen, dass der schweizerische Gesetzgeber die Möglichkeit derartiger Massnahmen ausdrücklich vorgesehen und sie in Art. 9 Abs. I UWG auf die vorläufige Vollstreckung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen beschränkt hat⁹². Der Gesetzgeber liess eine vorläufige Vollstreckung deshalb zu, weil eine sinnvolle Sicherung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen, wie vorne gezeigt⁹³, nicht möglich ist⁹⁴.

2. Die vorläufige Unterlassung⁹⁵

Da die überwiegende Zahl aller im Wettbewerbsrecht geltend gemachten Ansprüche Unterlassungsansprüche sind, ist auch die Mehrzahl aller vorsorglichen Massnahmen in Wettbewerbsachen auf die provisorische Unterlassung bestimmter Wettbewerbs-handlungen gerichtet⁹⁶. Da die Sicherung dieser Unterlassungsansprüche nicht möglich ist und auch eine Sicherheitsleistung das Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers nur selten befriedigen kann, ist die Anordnung einer vorläufigen Unterlassung oft das einzige Mittel, um die Interessen eines Antragstellers, der einen Unterlassungsanspruch geltend macht, zu schützen. Dabei kann jede Anordnung Inhalt der Unterlassungsverfügung sein, die auch Inhalt eines ordentlichen Unterlassungsurteils sein kann⁹⁷.

In gewissen Fällen gibt es aber Möglichkeiten, den Massnahmeentscheid so zu gestalten, dass die irreparable Schädigung des Antragsgegners gegenüber der vollen

89 E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 22; kritisch: D. Leipold, Grundlagen, S. 108 ff.; a.M. O. Jauernig, Inhalt, S. 332, der auf das Kriterium der Aufhebbarkeit abstellt: Befriedigungsverfügungen sind demnach nur Verfügungen, deren Wirkung nur durch contrarius actus aufgehoben werden kann (vgl. FN 95).

90 W. Grunsky, Grundlagen, S. 284.

91 Vgl. S. 186 ff.

92 Botschaft UWG 1942, S. 706.

93 Dazu S. 104.

94 Vgl. Meier-Wild, Vorsorgliche Massnahme, S. 178.

95 O. Jauernig, Inhalt, S. 332, rechnet die Unterlassungsverfügung nicht zu den befriedigenden Verfügungen, da sie durch ein entgegenstehendes späteres ordentliches Urteil eo ipso ohne contrarius actus aufgehoben wird. Da diese formalistische Betrachtung den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht entspricht, ist sie abzulehnen, vgl. H.-G. Borck, Befriedigungsverbot, S. 238; E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 22; D. Leipold, Grundlagen, S. 113.

96 Vgl. F. Baur, Studien, S. 57; E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 154; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 410; J. Müller, Zur einstweiligen Verfügung, S. 34.

97 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 410; vgl. die Kasuistik zur deutschen Praxis, S. 413 ff.

provisorischen Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs gemildert werden kann⁹⁸: Manchmal können die Interessen des Antragsgegners durch die Gewährung einer Aufbrauchsfrist⁹⁹ gewahrt werden; wenn der Antragsgegner die inkriminierten Wettbewerbshandlungen schon vorbereitet und dafür grössere Summen investiert hat, so kann ihm erlaubt werden, die bereits vorbereiteten Handlungen noch auszuführen, während ihm aber für die Zeit danach die betreffende Tätigkeit verboten wird¹⁰⁰. Hat z.B. ein Konservenfabrikant seine Konserven mit einer Etikette versehen, die mit derjenigen eines Konkurrenten leicht zu verwechseln ist, und letzterer deswegen eine vorsorgliche Massnahme zur Untersagung der Fabrikation und des Vertriebs derartig gekennzeichneten Konserven beantragt, so kann im Massnahmeentscheid die wahrscheinliche Schädigung des Antragsgegners vermindert werden, wenn ihm zwar erlaubt wird, die schon etikettierten Konserven noch mit der alten Etikette zu vertreiben, die weitere Verwendung einer derartigen Kennzeichnung jedoch untersagt wird¹⁰¹. Durch eine derartige Inhaltsgestaltung kann dem beklagten Konservenfabrikanten immerhin der Schaden erspart werden, der durch die sofortige Lieferungseinstellung und den Lieferungsunterbruch während der Umstellungszeit entstehen würde. Natürlich werden so die Interessen des Antragstellers nicht so vollständig gewahrt wie bei einer vorläufigen Untersagung ohne Aufbrauchsfrist, aber die wahrscheinliche Schädigung, die der Antragsteller deswegen erleidet, ist weniger gross als die Verminderung des wahrscheinlichen Schadens auf der Seite des Antragsgegners¹⁰². Die Gewährung einer Aufbrauchsfrist in einer vorsorglichen Massnahme hebt die evtl. bestehende Rechtswidrigkeit der betreffenden Handlung aber nicht auf. Die richterliche Erlaubnis hat weder die Wirkung eines Rechtfertigungs- noch eines Schuldabschlussgrundes, da die Anordnung der Aufbrauchsfrist nicht auf der Würdigung der rechtlichen Situation, sondern vielmehr auf Schadensminderungserwägungen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes basiert. Die Gewährung der Aufbrauchsfrist schützt daher den Antragsgegner weder vor einer späteren Schadenersatzklage des Antragstellers noch vor derjenigen Dritter¹⁰³.

Im Bereich des Patentrechts wird in Deutschland eine vorläufige Untersagung von angeblich patentverletzenden Handlungen oft dadurch vermieden, dass anstelle einer solchen Anordnung dem Antragsgegner befohlen wird, entsprechend seiner Produktion fortlaufend Geldsummen in der ungefähren Höhe von Lizenzgebühren

98 Vgl. dazu die bei F. Baur, Studien, S. 58, erwähnten Möglichkeiten; vgl. Beschluss des OG ZH vom 18. Oktober 1963 (Mitteilungen 1964, S. 124, vor allem 134).

99 Zum Begriff der Aufbrauchsfrist: S. 182 f. und W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 878 ff.

100 Zur deutschen Praxis: W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 423; eine solche Aufbrauchsfrist kann auch in ordentlichen Urteilen gewährt werden: Urteil des Appellationsgerichtes BS vom 29. Juni 1967 (BJM 1968, S. 27, vor allem 38); BGE 85 II 336 f.

101 Vgl. BGE 100 Ib 29 f., wo einer AG das Führen einer Firma erst nach einer Frist von 11 Monaten untersagt wurde.

102 Zur nötigen Interessenabwägung bei der Zubilligung einer Aufbrauchsfrist: W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 887 f. Eine Aufbrauchsfrist kann nicht in Frage kommen, wenn der Antragsgegner ohne sie nur geringen Schaden erleidet, etwa weil ihm die weitere Verwendung von einfachen Prospekten untersagt wird.

103 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 885 f.

zu hinterlegen, die dann den Schadenersatz decken können¹⁰⁴. Da es im Wettbewerbsrecht jedoch nicht wie im Patentrecht um den Schutz subjektiver Rechte geht, sondern um die Einhaltung objektiver Verhaltensnormen, deren Verletzung durch Lizenzzahlungen nicht abgegolten werden kann, ist dieser Weg in Wettbewerbsachen normalerweise nicht gangbar. Deshalb kann das Gericht für täuschende oder herabsetzende Werbung nicht einfach eine ungefähre Lizenzzahlung festlegen, die hinterlegt werden muss¹⁰⁵.

Kasuistik¹⁰⁶

– Verbot der Verbreitung einer Werbebroschüre

Beschluss des OG ZH vom 12. Mai 1978 (Mitteilungen 1978, S. 147 ff. = ZR 77 [1978] 250).

– Verbot des Vertriebs von verwechselbarem Kochgeschirr

Verfügung des ER am BezG Winterthur vom 12. Mai 1981 (Mitteilungen 1981, S. 170 ff.).

– Verbot des Vertriebs von verwechselbar gekennzeichneten Sportschuhen

Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 25. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 179 ff.).

– Verbot der Abwerbung von Personal

Urteil des Appellationsgerichts-Ausschusses BS vom 27. April 1965 (BJM 1965, S. 190 ff.).

– Verbot des Vertriebs einer Hauszeitung, die unlautere Äusserungen enthielt

Urteil des OG ZH vom 25. Mai 1966 (ZR 67 [1968] Nr. 41 = Mitteilungen 1969, S. 76).

– Verbot der Herstellung und des Ausstellens eines elektrischen Apparates sowie der Erwähnung als Produkt eigener geistiger Tätigkeit

Verfügung des ER am BezG Zürich (erwähnt in ZR 60 [1961] Nr. 67).

104 F. Baur, Studien, S. 58; vgl. BGE 94 I 13 f.

105 Evtl. wäre diese Lösung aber bei der Verwendung verwechselbarer Ausstattungen oder Kennzeichnungen möglich.

106 Vgl. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 413. Kasuistik zur deutschen Praxis.

- Betriebsschliessung und Beschlagnahme von Maschinen
(erwähnt in BGE 88 II 293)
- Verbot der weiteren Durchführung eines Wettbewerbs (LG-Verstoss)
Verfügung des ER am BezG Zürich vom 27. Juli 1963 (erwähnt in Mitteilungen 1964, S. 124 ff.).
Vgl. die Modifikation im Beschluss des OG ZH vom 18. Oktober 1963 (Mitteilungen 1964, S. 124 ff.): Verbot nur so weit, als mit Kaufzwang verbunden; d.h. kein Verbot, wenn der Veranstalter Teilnahme­scheine gratis verteilt.
- Verbot des Gebrauchs einer verwechselbaren Firma
Beschluss des HG ZH vom 28. Mai 1970 (erwähnt in Mitteilungen 1971, S. 189).
- Verbot herabsetzender Werbung
Verfügung der Justizkommission des OG LU vom 3. Dezember 1976 (erwähnt in Mitteilungen 1977, S. 198).
- Verbot des Gebrauchs einer verwechselbaren Firma
Verfügung des BezG Zürich vom 29. April 1976 (Mitteilungen 1977, S. 232).
- Verbot der Verbreitung von Werbematerial, das Geschäftsgeheimnisse eines Konkurrenten enthält
Verfügung des ER am BezG Zürich vom 25. Juni 1976; Beschluss des HG ZH vom 2. September 1977 (Mitteilungen 1978, S. 232 ff.).
- Verbot täuschender Werbung mit Beschlagnahme des Werbematerials
Beschluss des OG ZH vom 22. November 1978 (erwähnt in Mitteilungen 1979, S. 170).
- Beschlagnahme und Vertriebsverbot bei Parallelimporten
Ordonnance de la Cour de céans GE vom 13. April 1973 (erwähnt in Sem.jud. 100 [1978], S. 465 = Mitteilungen 1979, S. 136).
- Verbot täuschender Werbung
Beschluss des OG ZH vom 22. November 1978 (erwähnt in Mitteilungen 1979, S. 170 ff.).
- Vertriebsverbot verwechselbarer Ware
Beschluss des OG ZH vom 30. Oktober 1981 (Mitteilungen 1982, S. 190 ff.).

– Verbot der Verwendung ähnlicher Bezeichnungen

Verfügung des ER am BezG Zürich vom 12. Mai 1966 (erwähnt in Mitteilungen 1969, S. 71).

3. Unterlassungsverfügungen bei Boykottfällen

Wird einem Kartell oder einer kartellähnlichen Organisation ein Boykott untersagt, so sehen die Gerichte in dieser Verfügung meist die provisorische Anordnung einer Unterlassungspflicht¹⁰⁷. Dem Antragseegner wird aber im Grunde genommen eine Leistungspflicht auferlegt¹⁰⁸, denn mit der Untersagung eines Boykottes verfügt das Gericht einen Kontrahierungszwang¹⁰⁹ und damit eine Belieferungs- oder Abnahmepflicht¹¹⁰. Nun stellt sich natürlich die Frage, ob die Verfügung einer derartigen Leistungspflicht nicht dem Wortlaut von Art. 9 Abs. I UWG widerspricht, da dieser vorsieht, dass nur Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche vorläufig vollstreckt werden dürfen.

Bei der Formulierung von Art. 9 Abs. I UWG wollte der Gesetzgeber grundsätzlich nur die vorläufige Durchsetzung von Ersatzansprüchen, d.h. von Schadenersatz- und Genugtuungsansprüchen, verhindern, die der lauterkeitsrechtlichen Realansprüche jedoch ermöglichen¹¹¹. Da der eben erwähnte kartellrechtliche Leistungsanspruch jedoch kein Ersatzanspruch, sondern ein kartellrechtlicher Realanspruch ist, kann er im Rahmen der vorsorglichen Massnahme im Sinne einer analogen Anwendung von Art. 9 Abs. I UWG im kartellrechtlichen Bereich angeordnet werden.

Diese Probleme wurden bei der Formulierung von Art. 10 und 16 KG wahrscheinlich nur deshalb nicht beachtet, weil der Gesetzgeber den Anspruch auf Untersagung eines Boykotts als typischen Unterlassungs- und keineswegs als Leistungsanspruch betrachtete¹¹². Aus demselben Grund hatten die Gerichte¹¹³ bisher auch noch nie Zweifel an der Zulässigkeit derartiger Massnahmen¹¹⁴.

107 Vgl. BGE 104 II 215.

108 W. Hadding, Einstweilige Verfügung, S. 22 f.

109 Zur grundsätzlichen Zulässigkeit des Kontrahierungszwangs im KG: BGE 104 II 215; W.R. Schluep, Kontrahierungspflicht, S. 208 f.; bei vorsorglichen Massnahmen: Entscheid des OG ZH vom 21. April 1970 (VKK 1970, S. 239).

110 Allgemein zur Möglichkeit der einstweiligen Anordnung einer Leistungspflicht bei vorsorglichen Massnahmen: Schuler, Die auf Leistung lautende einstweilige Verfügung, S. 1801 ff.; W. Grunsky, Grundlagen, S. 283 f.

111 Botschaft UWG 1942, S. 706.

112 I. Meier, Grundlagen, S. 156; H. Weibel, Kontrahierungsschuld, S. 139 ff., sieht in der Statuierung einer Kontrahierungspflicht ein Beseitigungsurteil; vgl. auch Entwurf KG Art. 9 Abs. I lit. d.

113 Das Bundesgericht bezeichnete die Anordnung einer Belieferungspflicht in BGE 104 II 215 als Erfüllung des kartellrechtlichen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruches; Entscheid des OG ZH vom 21. April 1971 (VKK 1970, S. 239).

114 Vgl. Kasuistik; bei den dort aufgeführten Fällen wird dieses Problem ebenfalls nie berührt.

Auch bei der vorläufigen Vollstreckung von kartellrechtlichen Leistungsansprüchen können gewisse inhaltliche Modifikationen vorgenommen werden, welche die irreparable Schädigung des Antragsgegners erheblich mindern. Boykottiert ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation einen Händler, um ihre Preisbindung der zweiten Hand durchzusetzen, so wird das Preisbindungssystem durch das Verbot dieser Vorkehr in seinem Bestand ganz erheblich gefährdet¹¹⁵. Diese Gefahr kann vermindert werden, wenn der Boykott nur unter der Bedingung untersagt wird, dass sich der Antragsteller an einen gewissen Wiederverkaufspreis hält, der ungefähr im Bereich der Selbstkosten liegt. Damit wird zwar nicht verhindert, dass die Preisbindung gewisse Risse bekommt, aber immerhin verunmöglicht, dass das betreffende Produkt für Lockvogelangebote¹¹⁶ unter den Selbstkosten verwendet wird, womit der Zusammenbruch der Preisbindung vermieden werden kann¹¹⁷.

Kasuistik

- Lieferverpflichtung zu üblichen Geschäftsbedingungen (Drogerieartikel)
Entscheid des Appellationshofes des Kt. Bern vom 24. Oktober 1977
(VKK 1978, S. 55 ff.).
- Lieferverpflichtung zu üblichen Geschäftsbedingungen (Drogerieartikel)
Entscheid des Präsidenten des BezG Arbon vom 12. Juli 1976
(VKK 1977, S. 237 ff.).
- Verpflichtung zur Direktbelieferung zu Depositärbedingungen (Mineralwasser)
Entscheid des Gerichtspräsidenten von Niedersimmental vom 23. August 1976
(VKK 1977, S. 239 ff.).
Vgl. Entscheid des Appellationshofes des Kt. BE vom 13. Oktober 1976
(VKK 1977, S. 240).
- Verpflichtung zur Zulassung an eine Verkaufsmesse als Aussteller
(Landmaschinen)
Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 26. Januar 1977
(VKK 1977, S. 242 ff.).

115 S. 77 f.; BGE 108 II 232.

116 Zum Begriff: R.P. Jetzer, Lockvogelwerbung, S. 90.

117 Dieser Weg wurde im Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 beschritten (VKK 1970, S. 219 ff.). Vgl. dagegen den Rekursentscheid des OG ZH vom 21. April 1970 (VKK 1970, S. 239 ff.) in derselben Sache, wo ein Weiterverkauf zum gebundenen Preis zur Auflage gemacht wird.

- Verpflichtung zur Belieferung zu Depositärbedingungen (Parfumerie)
Entscheid des OG ZH vom 20. Februar 1970 (VKK 1970, S. 229 ff.).
Entscheide des ER am BezG Zürich vom 1. Oktober 1968 und 21. August 1969 (VKK 1979, S. 313 ff. und 340 ff.).
- Verpflichtung zur Belieferung zu üblichen Bedingungen, sofern ein bestimmter Weiterverkaufspreis eingehalten wird (Bier)
Entscheid des OG ZH vom 21. April 1970 (VKK 1970, S. 239).
Vgl. Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 219).
Der Wiederverkaufspreis wurde der Inflation angepasst: Entscheid des HG ZH vom 7. März 1972 (VKK 1972, S. 266).
- Belieferungspflicht (Spirituosen)
Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 6. Januar 1966 (VKK 1967, S. 323 ff.).

4. Beseitigungsverfügungen

Die Möglichkeit einer vorläufigen Vollstreckung von Beseitigungsansprüchen wird in Art. 9 Abs. I UWG ausdrücklich vorgesehen. Im folgenden sind die gewöhnlichen Beseitigungsverfügungen und die Verfügungen auf Richtigstellung getrennt zu behandeln, da die Probleme, die bei der Inhaltsgestaltung auftreten, verschieden sind.

a) Verfügungen auf Richtigstellung

Bei der Richtigstellung geht es dem Antragsteller nicht um die Beseitigung eines körperlich fassbaren Zustandes, sondern um die Beseitigung der andauernden Wirkung unlauterer Äusserungen, wie beispielsweise herabsetzender oder täuschender Werbung¹¹⁸. Grundsätzlich kann diese Wirkung durch einen Widerruf, d.h.

118 Von einem Teil der Lehre wird grundsätzlich in Abrede gestellt, dass vorsorgliche Massnahmen auf Richtigstellung zulässig sind, weil derartige Anordnungen eine definitive Wirkung haben (H.U. Walder, Prozessuales zum Fall "TAT", S. 282; mit Beschränkung auf den Widerruf: I. Meier, Grundlagen, S. 37; O. Vogel, Probleme, S. 94). Im Bereich des Wettbewerbsrechts kann die Zulässigkeit der Richtigstellung jedoch nicht angezweifelt werden, da einerseits Art. 9 Abs. I UWG die vorläufige Vollstreckung von Beseitigungsansprüchen erwähnt und andererseits der Berichtigungsanspruch in Art. 2 Abs. I lit. c UWG als besondere Art des Beseitigungsanspruches bezeichnet wird.

durch die Erklärung des Antragsgegners, dass seine vorhergehende Äußerung unrichtig war¹¹⁹, beseitigt werden. Eine derartige Erklärung wirkt natürlich faktisch definitiv, weil ihre spätere Rücknahme kaum mehr wirkungsvoll sein kann¹²⁰. Um diese Wirkung zu vermeiden, wird in der deutschen Praxis meist nicht einfach ein Widerruf verfügt, sondern dem Antragsgegner erlaubt, seine Erklärung nur einstweilig zurückzunehmen oder dem Widerruf beizufügen, dass er nur unter dem Druck einer einstweiligen Verfügung erfolge¹²¹. Diese Zusätze können aber die mit dem Widerruf verbundene Gefährdung des Antragsgegners nicht wesentlich mindern, weil seine Glaubwürdigkeit durch die Erklärung, dass eine vorhergehende Äußerung unrichtig war und er sie deswegen zurücknehme, auch dann nachhaltig erschüttert wird, wenn er sich auf eine einstweilige Rücknahme beschränkt¹²². Ausserdem werden derartige Zusätze vom Publikum auch nicht genügend gewürdigt¹²³.

Wegen dieser stark schädigenden Wirkung des Widerrufs wird in der deutschen Praxis zur vorläufigen Vollstreckung eines Anspruchs auf Berichtigung normalerweise auch kein Widerruf angeordnet¹²⁴, sondern eine Gegendarstellung verfügt^{125, 126, 127}. Wie vorne gezeigt¹²⁸, erschüttert zwar auch die Gegendarstellung die Glaubwürdigkeit von Werbeaussagen¹²⁹, diese schädigende Wirkung ist aber weit geringer als bei einem Widerruf, weil der Antragsgegner nur eine von der Gegenpartei aufgestellte Behauptung widerspruchsfrei dulden und bezahlen, sich selbst aber nicht über die Richtigkeit seiner vorhergehenden Äußerungen aussprechen muss.

119 Beispiele für Widerruf unlauterer Werbung: Corrective Advertising, S. 477 f.

120 H.U. Walder-Bohner, Prozessuales zum Fall Rey c. "TAT", S. 282, lehnt deshalb die Zulässigkeit eines einstweiligen Widerrufs prinzipiell ab; vgl. F. Baur, Arrest, S. 609 f.; O. Jauernig, Inhalt, S. 342; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 420 f.

121 F. Baur, Studien, S. 58 f.; zur Formulierung: E. Heller, Urteil auf Widerruf, S. 129, 133. Vgl. Urteil des OLG Stuttgart vom 10. August 1962 (NJW 1962, S. 2066 ff.); Urteil des OLG Freiburg vom 23. Juli 1951 (JZ 1951, S. 751); Urteil des OLG Stuttgart vom 9. März 1961 (MDR 1961, S. 1024); vgl. W.J. Habscheid, Droit judiciaire, S. 375.

122 O. Jauernig, Inhalt, S. 343 f.; F. Baur, Studien, S. 58 f.; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 420 f.; vgl. Urteil des OLG Celle vom 23. Juli 1964 (BB 1964, S. 910).

123 Vgl. Urteil des OLG Celle vom 23. Juli 1964 (BB 1964, S. 910).

124 Vgl. E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 150, der den Widerruf als letztes Mittel bezeichnet.

125 Zum Begriff der Gegendarstellung und zu ihrer konkreten inhaltlichen Gestaltung: U. Koebel, Der presserechtliche Anspruch auf Gegendarstellung, S. 791.

126 In Deutschland wird zum Teil auch bei der Gegendarstellung der Hinweis zugelassen, dass sie nur auf Druck der einstweiligen Verfügung erfolgte und deshalb nicht definitiv sei. Vgl. Urteil des OLG Stuttgart vom 10. August 1962 (NJW 1962, S. 2066 f.).

127 Die Gegendarstellung als Mittel zur Befriedigung eines Beseitigungsanspruches ist vom selbständigen Gegendarstellungsanspruch, wie ihn der Entwurf zur Revision des Persönlichkeitsschutzes vorsieht, zu unterscheiden (dazu: Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 646 ff.).

128 S. 79 f.

129 H.U. Walder-Bohner, Prozessuales zum Fall Rey c. "TAT", S. 281 f., lehnt deshalb auch die Anordnung einer Gegendarstellung im Massnahmeverfahren grundsätzlich ab; a.M. F. Baur, Arrest, S. 609 f.; O. Jauernig, Inhalt, S. 344; F. Baur, Studien, S. 59; M. Kummer, Zivilrechtlicher Schutz des Persönlichkeitsrechts, S. 111; A. Lüchinger, Privatrechtlicher Schutz der Persönlichkeit, S. 328.

muss¹³⁰. Die Gegendarstellung kann das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers aber nicht in dem Masse befriedigen wie die Anordnung eines Widerrufs, weil sich das Publikum von einer Gegenbehauptung weniger beeindrucken lässt als von einer Rücknahme früherer Behauptungen¹³¹. Dennoch ist es meistens richtig, sie anstelle eines einstweiligen Widerrufs zu verfügen, weil die Verminderung der Gefährdung des Antragsgegners meist grösser ist als die Einbusse an Wirksamkeit, die der Antragsteller erleidet¹³².

Auch die Anordnung der Urteilspublikation dient zur Beseitigung der Wirkung unrichtiger Äusserungen¹³³. Durch die Publikation eines Urteils, das eine bestimmte Äusserung als rechtswidrig bezeichnet, wird eine weitere Nachwirkung der betreffenden Äusserung vermieden¹³⁴. Art. 6 UWG sieht in diesem Sinne die Urteilspublikation von ordentlichen Urteilen ausdrücklich vor. Die analoge Vorschrift von § 23 Abs. II DUWG wird in der deutschen Lehre und Praxis dahingehend ausgelegt, dass auch eine Veröffentlichung von Massnahmeentscheiden möglich ist¹³⁵. M.E. kann aber auch in der Schweiz in einer vorsorglichen Massnahme deren Veröffentlichung angeordnet werden, da der Richter nach Art. 9 Abs. I UWG in der Inhaltsgestaltung einen grossen Ermessensspielraum¹³⁶ hat und deshalb zur provisorischen Durchsetzung eines Beseitigungsanspruchs auch eine Verfügungsveröffentlichung anordnen kann. So kann die Veröffentlichung eines Massnahmeentscheides angezeigt sein, wenn der Antragsteller gleichzeitig die vorläufige Vollstreckung eines Unterlassungs- und eines Berichtigungsanspruches beantragt. Der Berichtigungsanspruch kann dann nämlich durch die Anordnung der Veröffentlichung des Massnahmeentscheides, der ein vorläufiges Verbot enthält, vorläufig vollstreckt werden¹³⁷. Wird ein Händler beispielsweise von einem Konkurrenten mit herabsetzender Werbung angegriffen, so wird er versuchen, mit einer vorsorglichen Massnahme sowohl seinen Beseitigungs- wie auch seinen Unterlassungsanspruch vorläufig durchzusetzen; er wird also verlangen, dass seinem Konkurrenten einerseits verboten wird, weiterhin derart herabsetzende Äusserungen zu machen, andererseits aber auch befohlen wird, die schon gemachten Äusserungen einstweilig zurückzunehmen. Der geltend gemachte Berichtigungsanspruch kann nun dadurch vorläufig vollstreckt werden, dass die Publikation des Massnahmeentscheides, der die Unterlassungspflicht verfügt, angeordnet wird. Eine derartige Anordnung hat für den Antragsgegner nicht dieselbe kompromittierende Wirkung

130 O. Jauernig, Inhalt, S. 344.

131 Vgl. O. Jauernig, Inhalt, S. 344; A. Lühinger, Privatrechtlicher Schutz der Persönlichkeit, S. 328.

132 Vgl. E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 151.

133 BGE 79 II 329.

134 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 417.

135 Allerdings nur bei nach mündlicher Verhandlung ergangenen Urteilen: G. Wronka, Veröffentlichungsbefugnis, S. 646; F. Baur, Arrest, S. 611; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 417 f.

136 Dazu S. 97 f.

137 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 417; zum konkreten Inhalt eines Veröffentlichungsgebots: B. von Büren, Kommentar, S. 179 f.

wie ein einstweiliger Widerruf¹³⁸, wirkt aber doch autoritativer als eine Gegendarstellung, die ja beim Publikum oft nur den Eindruck einer Gegenbehauptung des Betroffenen erweckt¹³⁹.

b) Übrige Beseitigungsverfügungen

Wie vorne dargestellt¹⁴⁰, geht es bei den Beseitigungsansprüchen des lauterkeitsrechtlichen Bereichs, die nicht auf Berichtigung gerichtet sind, meist um die Entfernung von dauerhaften Werbeträgern, die gewisse unlautere Werbeaussagen enthalten¹⁴¹. Im kartellrechtlichen Bereich dagegen wird meist der Widerruf von Boykottaufrufen verlangt¹⁴². Die Massnahmen, die auf die vorläufige Vollstreckung dieser Ansprüche abzielen, müssen zwangsläufig meist mit voll befriedigender Wirkung ausgestattet werden. Um die Gefährdung des Antragsgegners zu vermindern, kann ihm aber bei gewissen Beseitigungsverpflichtungen analog zur Aufbrauchsfrist eine Beseitigungsfrist eingeräumt werden, die es ihm ermöglicht, die nötigen Umstellungen vorzunehmen¹⁴³. Wird beispielsweise einem Händler in einer vorsorglichen Massnahme die Verwendung einer bestimmten Geschäftsbezeichnung wegen Verwechslungsgefahr untersagt, so erscheint es richtig, dem Betroffenen eine gewisse Frist einzuräumen, um seine Ladenschilder zu entfernen, damit er Zeit hat, neue mit einer anderen Bezeichnung herstellen zu lassen¹⁴⁴.

Wie die Aufbrauchsfrist sollte die Beseitigungsfrist aber nur dann gewährt werden, wenn der vermiedene wahrscheinliche Schaden des Antragsgegners grösser ist als die Folgen der Einbusse an Wirksamkeit, die der Antragsteller tragen muss¹⁴⁵.

138 Vgl. S. 78 f.

139 Vgl. S. 79.

140 Vgl. S. 77 f.

141 Vgl. Verfügung des ER am BezG Zürich vom 27. Juli 1963 (erwähnt in: Mitteilungen 1964, S. 124 ff.): Rückzug von Teilnahme Scheinen für einen Wettbewerb.

142 Vgl. Entscheid des OG ZH vom 21. April 1970 (VKK 1970, S. 239); Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 25. Juli 1966 (VKK 1967, S. 327). Diese Rücknahme von Äusserungen fällt nicht in den Bereich der Berichtigungsverfügungen, weil bei ihr die Aufhebung der Befolgungspflicht der Kartellmitglieder entscheidend ist, während bei den Berichtigungsverfügungen die Publikumswirkung wichtig ist, und sich daher andere Probleme stellen.

143 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 880 f.

144 Vgl. BGE 85 II 337 (ordentliches Verfahren).

145 Die Wirkung in bezug auf die Rechtswidrigkeit der Handlung ist dieselbe wie bei der Aufbrauchsfrist, d.h. sie schützt ebenfalls nicht vor Schadenersatzansprüchen. Vgl. S. 111.

Kasuistik

— Widerruf eines Boykottaufrufs (Bier)

Entscheid des OG ZH vom 21. April 1971 (VKK 1970, S. 239).

Vgl. Entscheid des ER am BezG Zürich vom 10. Dezember 1969 (VKK 1970, S. 219).

— Rückzug von Werbematerial betreffend einen Wettbewerb

Entscheid des ER am BezG Zürich vom 27. Juli 1963 (erwähnt in Mitteilungen 1964, S. 124 ff.).

c) *Massnahmen zur Beweissicherung*

Die Beweissicherung besteht entgegen ihrem Namen nicht in der körperlichen Sicherung von Beweisstücken, sondern in der vorprozessualen Abnahme von Beweisen. Ihre Anordnung ist nur sinnvoll, wenn dem Antragsteller ein irreparabler Schaden droht, weil zu befürchten ist, dass für die Beweisführung im ordentlichen Prozess nötige Beweisstücke in der Zeit bis zu diesem verschwinden¹⁴⁶. So ist sie z.B. dann anzuordnen, wenn der Antragsgegner verwechselbare Produkte herstellt und zu befürchten ist, dass er bis zum ordentlichen Prozess alle Unterlagen über die Verkaufszahlen beseitigt hat und deshalb die Anzahl der in Verkehr gebrachten Produkte, die für die Bestimmung der Schadenshöhe entscheidend ist, nicht mehr festgestellt werden kann¹⁴⁷. Dabei ist eine Beweissicherungsmassnahme aber nicht schon dann zu verfügen, wenn das Verschwinden der Beweise bloss möglich ist. Dem Antragsteller muss es im Rahmen der Glaubhaftmachung seiner Gefährdung gelingen, die erhöhte Wahrscheinlichkeit des Verschwindens darzulegen.

Ihr Inhalt richtet sich völlig nach der Art des Beweises¹⁴⁸; die Beweisabnahme selbst erfolgt nach dem kantonalen Verfahrensrecht, da das UWG dafür keine Normen aufstellt¹⁴⁹.

Bei der vorzeitigen Beweisabnahme ist vor allem wichtig, dass der Antragsteller auf diese Weise nicht die Geschäftsgheimnisse des Antragsgegners erfährt¹⁵⁰. Für

146 Vgl. Verfügung des ER am OG ZH vom 30. Juni 1981 (Mitteilungen 1981, S. 109 ff.) (URG); a.M. Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Höfe vom 6. Oktober 1975 (Mitteilungen 1976, S. 194) (PatG); völlig verfehlt: keine Beweissicherung bezüglich Existenz und Höhe des Schadens.

147 Vgl. Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 18. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 174).

148 Zu den möglichen Anordnungen: A. Troller, Immaterialgüterrecht II, S. 1204.

149 Vgl. Entscheid des Präsidenten des OG AR vom 25. Februar 1972 (Mitteilungen 1973, S. 182) (MSchG).

150 Vgl. Verfügung des ER am HG ZH vom 4. November 1981 (Mitteilungen 1982, S. 120 ff., vor allem 123) (PatG); Verfügung der Cour de justice civile GE vom 15. November 1960 (Mitteilungen 1969, S. 52 ff.) (PatG).

den Bereich des Kartellrechts sieht Art. 9 KG die Pflicht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses ausdrücklich vor¹⁵¹. Diese Vorschrift bezieht sich zwar primär nur auf das ordentliche Verfahren; sie muss im Massnahmeverfahren aber ebenfalls gelten, da die Interessenlage von der des ordentlichen Verfahrens nicht verschieden ist.

Für den Bereich des UWG, das keine derartigen Vorschriften kennt, ergibt sich die Pflicht des Richters, geeignete Vorkehren zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse des Antragsgegners zu treffen, aus den vorne entwickelten Grundsätzen der Inhaltsgestaltung, nach denen die Interessen des Antragsgegners angemessen zu berücksichtigen sind¹⁵².

Kasuistik

- Aufnahme des Bestandes an evtl. unlauter gekennzeichneten Produkten und Prospekten

Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 18. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 174 ff.).

- Beschlagnahme von Urkunden

Beschluss des OG ZH vom 7. April 1978 (Mitteilungen 1979, S. 166 ff.).

151 Dazu Botschaft KG 1961, S. 590.

152 Vgl. auch die Bestimmung von Art. 68 PatG; vgl. Urteil des Tribunal cantonal NE vom 1. Februar 1971 (RJN 1969–1973, S. 101 ff.); Verfügung des ER am HG ZH vom 23. März 1979 (Mitteilungen 1980, S. 42 ff.) (MSchG).

§ 5 Die Subsidiarität der vorsorglichen Massnahme

I. Grundsatz

Der Formulierung von Art. 9 Abs. II UWG "... dass ihm infolgedessen ein nicht leicht ersetzbarer Nachteil droht, der *nur* durch eine vorsorgliche Massnahme abgewendet werden kann", ist zu entnehmen, dass eine vorsorgliche Massnahme nicht angeordnet werden darf, wenn andere Mittel zur Verfügung stehen, um die Gefährdung des Antragstellers abzuwenden. Daher ist die vorsorgliche Massnahme im Verhältnis zu derartigen anderen Mitteln subsidiär¹. Im folgenden soll untersucht werden, ob es im Bereich des Wettbewerbsrechts überhaupt Mittel gibt, bei deren Vorhandensein der Erlass einer vorsorglichen Massnahme unter Hinweis auf ihre Subsidiarität verweigert werden kann. Das Kriterium dafür ergibt sich aus dem Ziel² der vorsorglichen Massnahme; nur wenn dieses durch die Anwendung der betreffenden Mittel ebensogut oder noch besser erreicht werden kann, muss vom Erlass einer vorsorglichen Massnahme abgesehen werden. Damit muss das betreffende Mittel den durch Zeitablauf bis zum Abschluss des ordentlichen Verfahrens entstehenden irreparablen Schaden also genauso gering oder noch geringer halten als eine vorsorgliche Massnahme.

Im folgenden sind die in Frage kommenden Alternativen zum Massnahmeverfahren nach diesem Kriterium daraufhin zu untersuchen, ob sie die vorsorgliche Massnahme grundsätzlich ersetzen können.

Daneben ist aber auch abzuklären, ob sie nicht Vorteile bieten, die ein Vorgehen in dieser Art auch dann als ratsam erscheinen lassen, wenn sie die vorsorgliche Massnahme nicht im Sinne der Subsidiarität zu ersetzen vermögen.

II. Alternativen zum Massnahmeantrag

A. Rechtliche Mittel

1. Anzeige an eine Verwaltungsbehörde zur Einleitung eines Verwaltungsverfahrens

Das Verwaltungsverfahren dient zwar nicht primär dem Schutz privater Interessen, sondern dem der öffentlichen. Dabei werden aber oft Verfügungen erlassen, die als Reflexwirkung der Wahrung öffentlicher Interessen Private schützen³.

1 Blum/Pedrazzini, N. 46 zu Art. 77 PatG; H.P. Ming, Vorsorgliche Massnahme, S. 35; BGE 94 I 13 f.; Entscheid des HG Zürich vom 14. Januar 1982 i.S. Denner AG gegen Schweizerischer Bierbrauerverein (nicht publiziert).

2 Dazu S. 13 f.

3 Vgl. VKK 1980, S. 172 f., allgemeine Bemerkungen zu den Vorabklärungen, wo bemerkt

a) Anwendungsbereich

Verwaltungsrechtliche Sanktionen sind im Kartellgesetz und in der Ausverkaufsordnung vorgesehen; im Kartellrecht kann das Bundesgericht gemäss Art. 22 Abs. I KG bei volkswirtschaftlich oder sozial negativen Auswirkungen von Kartellen oder kartellähnlichen Organisationen auf eine verwaltungsrechtliche Klage hin die geeigneten Anordnungen treffen. Bei Verstössen gegen die Ausverkaufsordnung können die zuständigen kantonalen Behörden direkt Bewilligungsentzüge, Betriebsschliessungen und andere geeignete Massnahmen anordnen⁴. Im Bereiche der Ausverkaufsordnung können dabei sämtliche publikumswirksamen Handlungen, die zivilrechtlich unlauter sind und im Zusammenhang mit Ausverkäufen stehen, auf verwaltungsrechtlichem Wege verfolgt werden⁵. Im Gebiet des Kartellrechts dagegen kann nicht jede zivilrechtlich kartellrechtswidrige Handlung auch verwaltungsrechtlich geahndet werden, sondern gemäss Art. 20 und 22 KG nur solche, die öffentliche Interessen verletzen⁶. Daraus ergibt sich für den Betroffenen der Nachteil, dass nicht jede Anzeige an die Kartellkommission zu einer verwaltungsrechtlichen Verfolgung des kartellrechtswidrigen Verhaltens führt; stellt das Sekretariat der Kartellkommission bei der routinemässig vorgenommenen formlosen Voruntersuchung⁷ fest, dass öffentliche Interessen nicht in genügendem Umfang betroffen sind, so wird kein verwaltungsrechtliches Verfahren eingeleitet, sondern der Anzeige auf den Zivilweg verwiesen⁸.

b) Wirkungen

aa) Ausverkaufsordnung

Im Bereiche der Ausverkaufsordnung trifft die zuständige kantonale Behörde direkt die notwendigen Anordnungen⁹. Daher ist es ihr möglich, auf eine Anzeige rasch zu reagieren; sie kann im ordentlichen Verfahren, d.h. nach der Untersuchung des Sachverhalts und nach Anhörung des Angezeigten, eine Verfügung erlassen oder

wird, dass das Sekretariat der Kartellkommission zu einer wettbewerbsrechtlichen Klage-mauer geworden ist.

4 Dazu H. Wydler, Ausverkäufe, S. 131 ff.; D. Lehmann, Ausverkaufsordnung, S. 301 f.; H. Giger, Der Vollzug der eidgenössischen und kantonalen Vorschriften über Ausverkäufe und Ausnahmeverkäufe, S. 290.

5 Siehe vor allem Art. 15 AO; im übrigen sind alle Verstösse gegen verwaltungs- oder strafrechtliche Vorschriften der AO im Sinne von Art. 1 UWG auch zivilrechtlich unlauter.

6 L. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 296.

7 Zu dieser L. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 293 f.

8 VKK 1980, S. 172 f., allgemeine Bemerkungen zu den Vorabklärungen; L. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 296; vgl. VKK 1981, S. 14, Vorabklärung Skigebiet Klevenalp; VKK 1981, S. 16, Vorabklärung Sportartikelverkauf; VKK 1980, S. 176, Vorabklärung Bancomat.

9 Dazu H. Wydler, Ausverkäufe, S. 131 ff.; D. Lehmann, Ausverkaufsordnung, S. 301 f.

aber im Sinne einer verwaltungsrechtlichen vorsorglichen Massnahme bei genügender Dringlichkeit auch vor Abschluss des ordentlichen Verfahrens das Nötige verfügen¹⁰. Daher kann die Anzeige an die zuständige Verwaltungsbehörde im Bereich der Ausverkaufsordnung sehr schnell zu dem vom Anzeiger gewünschten Erfolg führen.

bb) Kartellrecht

Im Bereich des Kartellrechts ist das verwaltungsrechtliche Verfahren wesentlich komplizierter und langwieriger als bei der Ausverkaufsordnung, weil weder die Kartellkommission noch andere Behörden die Befugnis zum Erlass von Verfügungen haben¹¹. Ausserdem ist die Kapazität der Kartellkommission dadurch beschränkt, dass ihre Mitglieder nur nebenamtlich tätig sind¹².

Stellt das Sekretariat der Kartellkommission nach der formlosen Voruntersuchung¹³ fest, dass die angezeigten Verhaltensweisen öffentliche Interessen verletzen und somit ein verwaltungsrechtliches Vorgehen angezeigt ist, so muss die Kartellkommission das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement anregen, sie mit einer Sonderuntersuchung¹⁴ im Sinne von Art. 20 KG zu beauftragen¹⁵. Diese schliesst sie dann mit Empfehlungen an das betroffene Kartell und einem Bericht an das Volkswirtschaftsdepartement ab. Nach der Mitteilung des Untersuchungsergebnisses an das Volkswirtschaftsdepartement kann dieses dann gemäss Art. 22 KG beim Bundesgericht eine verwaltungsrechtliche Klage¹⁶ einleiten¹⁷. Obwohl das Bundesgericht gemäss Art. 120 OG in Verbindung mit Art. 79 ff. BZPO vor dem Endurteil eine vorsorgliche Verfügung erlassen kann, erweist sich dieses Verfahren als ausserordentlich langwierig, da von der Anzeige bis zum Abschluss der Sonderuntersuchung mehrere Jahre vergehen können¹⁸. Die Anzeige an die Kartellkommission ist daher nicht dazu geeignet, das angezeigte Verhalten innert nützlicher Frist zu unterbinden. Die vom Anzeigenden gewünschte Wirkung tritt, wenn überhaupt, erst nach langer Zeit ein, sofern der Angezeigte während der Untersuchung nicht freiwillig einlenkt. Hier zeigt sich ein grosser Unterschied zur deutschen Kartell-

10 Dazu A. Kölz, VRG-Kommentar, N. 1 f. zu § 6 VRG.

11 Dazu H. Gunz, Das öffentlich-rechtliche Instrumentarium des Kartellgesetzes, S. 75 ff.

12 Zum Milizprinzip: Botschaft KG 1981, S. 1323 ff.

13 Zu diesem Begriff: L. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 296.

14 Zu diesem Begriff: L. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 293 f.

15 Gemäss Art. 20 Abs. 1 KG kann die Kartellkommission aus eigenem Entschluss keine Sonderuntersuchung anheben (zur Revision siehe hinten, S. 125 f.).

16 F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, S. 79 f.

17 Zur Klageerhebung ist es bisher noch nie gekommen, da die Empfehlungen der Kartellkommission von den betroffenen Kartellen oder kartellähnlichen Organisationen bisher immer befolgt wurden. L. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 295.

18 Vgl. VKK 1982, S. 13, Voruntersuchung "Reformhäuser", wo nach vier Beschwerden in den Jahren 1972-1981 die Möglichkeit angedeutet wird, einmal eine Sonderuntersuchung durchzuführen.

rechtspraxis; in Deutschland ist auf diesem Gebiet die Anzeige an das Landes- oder Bundeskartellamt der übliche Weg der Rechtsverfolgung¹⁹. Diese Kartellbehörden können auf die Anzeige hin gemäss § 51 ff. GWB selbst Verfügungen erlassen und vor dem Eintritt der formellen Rechtskraft nach § 56 GWB einstweilige Anordnungen treffen²⁰, wobei von letzterer Befugnis recht häufig Gebrauch gemacht wird²¹. Dank des grossen Mitarbeiterstabes dieser Behörden werden die Anzeigen sehr schnell bearbeitet und die entsprechenden Verfügungen innert kurzer Zeit erlassen. Wegen der Wirksamkeit des verwaltungsrechtlichen Verfahrens wird in Deutschland auch in den Bereichen des Kartellrechts, in denen eine zivilprozessuale Verfolgung an sich möglich wäre²², meistens keine vorsorgliche Massnahme beantragt²³, sondern eine Anzeige an das Landes- oder Bundeskartellamt gemacht²⁴.

Obwohl die Ineffizienz des schweizerischen verwaltungsrechtlichen Verfahrens auch für die öffentlichen Interessen nachteilig ist, da ihr Schutz ein schnelles Vorgehen verlangt²⁵, bringen die in der Kartellgesetzrevision vorgesehenen Verbesserungen im Verwaltungsverfahren keine entscheidende Beschleunigung, da die Kartellkommission selbst immer noch keine Verfügungen erlassen darf und weiterhin nach dem Milizprinzip arbeitet²⁶, was die Untersuchungsdauer stark erhöht. Immerhin fällt aber die verwaltungsrechtliche Klage weg, weil das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement die Kompetenz zum Erlass von Verfügungen erhält²⁷. Ausserdem ist vorgesehen, dass die Kartellkommission Untersuchungen ohne besonderen Auftrag des Volkswirtschaftsdepartements aus eigenem Entschluss anheben kann²⁸. Trotz dieser punktuellen Verbesserungen wird eine Anzeige an die Kartellkommission also auch nach der Revision des Kartellgesetzes nicht innert nützlicher Frist zum gewünschten Ergebnis führen.

Die Ineffizienz des verwaltungsrechtlichen Verfahrens ist für den Betroffenen dann besonders unangenehm, wenn ihn ein kartellrechtswidriges Verhalten stark schädigt, er aber dennoch keinen zivilrechtlichen Anspruch hat. Diskriminiert ein Kartell z.B. nicht einzelne Zulieferer der ihm vorgelagerten Wirtschaftsstufe, sondern nützt die ganze Branche in Anwendung seiner Nachfragemacht mittels künstlich niedrig gehaltener Ankaufspreise aus, so wird ein einzelner Zulieferer, der eine ungünstige Kostenstruktur hat, evtl. in den Ruin getrieben, hat aber dennoch keinen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch, da er nicht im Sinne von Art. 6 KG

19 H.-M. Müller-Laube, Der private Rechtsschutz, S. 11.

20 Dazu Lüke/Bähr, Einstweilige Anordnungen, S. 522 ff.

21 Lüke/Bähr, Einstweilige Anordnungen, S. 524 ff. Kritik an dieser Praxis S. 533 ff.

22 Zu diesen: K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 371 ff.; H.-M. Müller-Laube, Der private Rechtsschutz, S. 26 ff.; vgl. Frankreich: Plaisant/Joris, § 4.04.

23 Zu dieser Möglichkeit: W. Hadding, Einstweilige Verfügung, S. 1 ff.

24 H.-M. Müller-Laube, Der private Rechtsschutz, S. 11.

25 Dazu S. 11 f.

26 Botschaft KG 1981, S. 1323 f.

27 Art. 28 KG Entwurf; dazu Botschaft KG 1981, S. 1363. Die Mehrheit der Expertenkommission trat noch für die Verfügungskompetenz der Kartellkommission ein, Begleitbericht, S. 143 ff.

28 Art. 29 KG Entwurf, dazu Botschaft KG 1981, S. 1358.

im Wettbewerb behindert wird²⁹. Das gleiche gilt auch für die von einem Kartell mittels überhöhter Preise ausgenützten Konsumenten. In derartigen Fällen bleibt der Betroffene also trotz oft sehr dringendem Schutzbedürfnis zumindest vorläufig schutzlos. Daher sollte entweder dem Betroffenen auch in diesen Fällen ein klagbarer Anspruch zugestanden werden, der es ihm ermöglicht, das Massnahmeverfahren einzuleiten, oder aber das verwaltungsrechtliche Verfahren entscheidend beschleunigt werden. Letzterer Weg wurde in Deutschland eingeschlagen, wo das Fehlen von zivilrechtlichen Ansprüchen in weiten Bereichen³⁰ durch ein sehr effizientes Verwaltungsverfahren ausgeglichen wird, in dem dann als Reflexwirkung des Schutzes öffentlicher Interessen diejenigen des privaten Anzeigers geschützt werden. Da in der Schweiz aber eine starke Opposition gegen die wirksamere Gestaltung des Verwaltungsverfahrens besteht, dürfte die deutsche Lösung nicht adaptiert werden, sondern der Weg über die Zuerkennung von klagbaren Ansprüchen eingeschlagen werden. Dies sieht auch der Entwurf des Kartellgesetzes vor, nach dem die gleichmässige Ausnützung gemäss Art. 7 Abs. III KG-Entwurf unzulässig ist³¹ und qualifizierten Konsumentenorganisationen nach Art. 8 Abs. II lit. b KG-Entwurf die Aktivlegitimation bezüglich der Beseitigungs-, Unterlassungs- und Feststellungsklage eingeräumt wird³².

c) Die Frage der Subsidiarität

aa) Im Kartellrecht

Wie die eben gemachten Ausführungen zeigen, ist im Bereiche des Kartellrechts auf verwaltungsrechtlichem Wege kein schnelles Eingreifen zu erwarten. Ausserdem hängt es nicht allein vom zivilrechtlichen Anspruch des Antragstellers ab, ob das Verwaltungsverfahren zu einem für ihn positiven Ausgang führt, sondern vor allem von den evtl. auch noch betroffenen öffentlichen Interessen. Ferner ist der Anzeiger in der Sonderuntersuchung auch nicht Partei im Sinne des zivilprozessualen Parteibegriffes, sondern nur Zeuge³³, und hat somit weder Einfluss auf die Beweiserhebung noch auf die Anträge der Kartellkommission an das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement. Überdies kann er die Klageerhebung nicht beeinflussen und ist im Gegensatz zum Kartell oder zur kartellähnlichen Organisation auch im Verfahren

29 Begleitbericht, S. 105; W.R. Schluep, Revision, S. 77.

30 S. 124 f.

31 Botschaft KG 1981, S. 1341.

32 Botschaft KG 1981, S. 1345; vgl. dagegen Sten.Bull. StR 1982, S. 532 ff., wo diese Bestimmung abgelehnt wird.

33 L. Schürmann, Die Durchführung des Kartellgesetzes, S. 84, mit Hinweis auf die Praxis der Kartellkommission; B. Schmidhauser, Parteien und Zeugen, S. 109 f.; W. Kuster, Parteieigenschaft, S. 257 ff., der den Aussenseitern zum Teil zumindest die Stellung einer Partei im verwaltungsrechtlichen Sinne zubilligt; vgl. die Regelung im deutschen Recht: § 51 GWB sieht sowohl für den Anzeiger wie für das Kartell die Stellung des Beteiligten vor.

vor Bundesgericht nicht Partei. Somit kann die Anzeige an die Kartellkommission die Bedürfnisse des Antragstellers hinsichtlich seines Rechtsschutzes nicht in gleicher Weise befriedigen wie die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme, weil er sowohl materiellrechtlich wie auch verfahrensrechtlich schlechter gestellt ist als im Massnahmeverfahren. Der Massnahmerichter kann deshalb den Erlass einer vorsorglichen Massnahme nie unter Hinweis auf deren Subsidiarität ablehnen, nur weil eine Anzeige an die Kartellkommission möglich wäre.

bb) Im Bereich der Ausverkaufsordnung

Im Bereiche der Ausverkaufsordnung führt das verwaltungsrechtliche Verfahren, das der Betroffene mit seiner Anzeige auslöst, wesentlich schneller zu einer Verfügung als im Kartellrecht³⁴. Der Erlass einer derartigen Verfügung ist ausserdem allein vom Verstoß gegen die Ausverkaufsordnung abhängig, also von den gleichen Faktoren, die auch einen zivilrechtlichen Anspruch begründen. Trotzdem kann der Antragsteller, der eine vorsorgliche Massnahme beantragt, aber auch in diesem Bereich nicht auf die Anzeige an die zuständige kantonale Behörde verwiesen werden, weil er im verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht Parteistellung im Sinne des Zivilprozesses hat und damit auch weniger Einfluss auf das Verfahren und die Ausgestaltung der Verfügung nehmen kann als beim Massnahmeverfahren.

d) Die Vorteile der Anzeige an eine Verwaltungsbehörde in der Praxis

Den eben aufgeführten Nachteilen des verwaltungsrechtlichen Verfahrens stehen einige gewichtige Vorteile gegenüber, die in der Praxis ein derartiges Vorgehen oftmals als ratsam erscheinen lassen. So fällt bei dieser Art der Verfolgung für den Anzeigenden sowohl das Kostenrisiko wie auch das Haftungsrisiko dahin, das er bei einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 12 Abs. II UWG trägt. Ausserdem entfällt für ihn natürlich auch die Pflicht, ein ordentliches Verfahren einzuleiten, wie dies Art. 12 Abs. I UWG dagegen bei der vorsorglichen Massnahme vorsieht. Daher dürfte es sich im Bereich der Ausverkaufsordnung lohnen, sich zumindest vorerst auf eine Anzeige zu beschränken, da das Verwaltungsverfahren in diesem Bereich recht effizient ist. Sollten die Behörden nicht in der gewünschten Zeit oder Art reagieren, so kann immer noch eine vorsorgliche Massnahme beantragt werden³⁵. Im Bereiche des Kartellrechts dagegen können die obenerwähnten Vorteile

34 Vgl. S. 123 f.

35 Trotz des Zeitversäumnisses wird dann die Dringlichkeit nicht verneint, weil der Antragsteller nicht untätig zuwartete (dazu S. 87).

den Mangel an Geschwindigkeit selten aufwiegen³⁶. Immerhin ist zu bedenken, dass sich das Verhalten des Kartells oder der kartellähnlichen Organisation oft schon allein aufgrund der Interventionen des Sekretariats oder der Einleitung bzw. Androhung einer Sonderuntersuchung ändert und dass deshalb bei diesem Verfahren doch schon vor seinem formellen Ende Ergebnisse eintreten können³⁷. Auch kann das Sekretariat der Kartellkommission manchmal zwischen Anzeiger und Angezeigtem vermitteln und so einen Vergleich³⁸ ermöglichen. Im Bereiche des Kartellrechts ist eine Anzeige deshalb nur dann zu empfehlen, wenn Kosten- und Haftungsrisiko bei einer vorsorglichen Massnahme im Verhältnis zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Antragstellers ausserordentlich hoch sind und die betreffende Angelegenheit nicht von existenzbedrohender Dringlichkeit ist. Die Anzeige kann vor allem dazu benutzt werden, Vergleichsverhandlungen in Gang zu bringen; scheitern diese, so führt aber nur eine vorsorgliche Massnahme zum Ziel³⁹.

2. Die Einleitung eines Strafverfahrens durch Strafanzeige oder Strafantrag

a) Anwendungsbereich

Während für Kartellrechtsverstösse keine strafrechtlichen Sanktionen vorgesehen sind, werden einzelne unlautere Handlungen strafrechtlich verfolgt. Art. 13 UWG sieht vor, dass gewisse Handlungen, die auch zivilrechtlich unlauter sind, bei Vorsatz auf Antrag hin strafbar sind, wobei dieselben Personen, die zivilrechtlich aktiv-legitimiert sind, antragsberechtigt sind⁴⁰. Gemäss Art. 20e UWG werden überdies bestimmte rechtswidrige Handlungen im Zusammenhang mit der Preisbekanntgabepflicht, die auch zivilrechtlich unlauter wären, von Amts wegen strafrechtlich ver-

36 Vgl. VKK 1982, S. 13, Vorabklärung "Reformhäuser", wo erst nach vier Anzeigen in neun Jahren eine Sonderuntersuchung in Aussicht gestellt wird.

37 VKK 1980, S. 176, Vorabklärung "Kioske -- Zeitungen"; vgl. VKK 1981, S. 16, Vorabklärung "Energiesparkredite", wo schon die Intervention des Sekretariats ausreichte, um zum gewünschten Resultat zu kommen; ausserdem wurden bisher alle im Anschluss an Sonderuntersuchungen gemachten Empfehlungen respektiert: L. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 295.

38 VKK 1980, S. 172 f. Allgemeine Bemerkungen zu den Vorabklärungen; L. Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 296; vgl. VKK 1981, S. 14, Vorabklärung "Skigebiet Klevenalp", bei der das Sekretariat den Anzeiger prinzipiell in das Zivilverfahren verwies, aber dennoch einen Vermittlungsversuch machte und einen Vergleich vorschlug; vgl. auch VKK 1982, S. 13, "Bierlieferung".

39 Wählt man diesen Weg, so darf nicht zu lange bis zum Massnahmeantrag zugewartet werden, da dieser sonst wegen des Zeitversäumnisses und der deswegen entfallenen Dringlichkeit abgelehnt wird: Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 13. Mai 1976 (VKK 1977, S. 235 ff.).

40 Dazu B. von Büren, Kommentar, S. 212 ff.; Botschaft UWG 1942, S. 705 ff.

folgt⁴¹. Auch Verstösse gegen die Ausverkaufsvorschriften werden gemäss Art. 18 UWG und 19 ff. AO von Amts wegen mit strafrechtlichen Sanktionen geahndet⁴². Im Bereiche der Werbung spielen ausserdem auch noch die Vorschriften des Lotteriegesetzes eine Rolle, weil zu Werbezwecken durchgeführte Wettbewerbe unter den Begriff der Lotterie fallen, wenn sie mit einem Kaufzwang verbunden sind⁴³. Nach dem Lotteriegesetz ist die Durchführung derartiger Lotterien⁴⁴ verboten (Art. 1 LG), wobei Zuwiderhandlungen von Amts wegen bestraft werden (Art. 38 LG)⁴⁵.

Im Bereiche des Lauterkeitsrechts werden also ziemlich viele zivilrechtlich unlautere Handlungen auch strafrechtlich erfasst. Allerdings ist festzustellen, dass der Bereich des strafrechtlich relevanten Verhaltens sowohl vom objektiven wie auch vom subjektiven Tatbestand⁴⁶ enger gezogen ist als der des zivilrechtlich unlauteren: Einerseits gibt es im Strafrecht aus rechtsstaatlichen Gründen keine mit Art. 1 UWG vergleichbare Generalklausel⁴⁷, andererseits sind sämtliche Delikte dieses Gebiets Vorsatzdelikte, während die zivilrechtlichen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche gar kein Verschulden voraussetzen⁴⁸. Immerhin führt aber eine vor der entsprechenden Strafanzeige oder dem Strafantrag an den Angezeigten versandte Verwarnung dazu, dass er bei der Fortsetzung dieser Handlungen zumindest mit Eventualvorsatz handelt⁴⁹.

b) Wirkung

Die Anzeige führt nicht zu einem schnellen Verbot der inkriminierten Handlung, da das formell rechtskräftige Urteil, in dem über die Strafbarkeit der betreffenden Handlung entschieden wird, im ordentlichen strafprozessualen Verfahren ergeht, das nicht wesentlich schneller ist als das zivilrechtliche⁵⁰. Eine Verurteilung wirkt auch rein repressiv, d.h. die betreffende Handlung wird nicht für die Zukunft verboten, sondern nur für die Vergangenheit bestraft⁵¹.

41 Dazu Botschaft Teilrevision UWG 1977, S. 171; vgl. auch Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen, Art. 21.

42 D. Lehmann, Ausverkaufsordnung, S. 341 ff.

43 BGE 99 IV 28; L. David, Werberecht, S. 203.

44 Zum Begriff: L. David, Werberecht, S. 202 ff.; W. Stachelin, Das Bundesgesetz betreffend die Lotterie, S. 35 ff.

45 L. David, Werberecht, S. 202.

46 Vgl. Urteil des Appellationsgerichtes BS vom 19. März 1974 (BJM 1974, S. 265), wo ein Beklagter freigesprochen wurde, weil er den subjektiven Tatbestand nicht erfüllte, obwohl die Handlung objektiv unlauter war.

47 Vgl. Botschaft UWG 1934, S. 523 f.

48 Botschaft UWG 1942, S. 711.

49 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 83.

50 Vgl. den BGE 89 IV 218 ff. zugrundeliegenden Fall: Erst lange nach Abschluss der Ausverkaufveranstaltung wurde die fehlbare Person mit Fr. 40.– Busse bestraft.

51 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 238.

c) *Die Frage der Subsidiarität*

Wie eben gezeigt, ist das Strafverfahren nicht so schnell wie das Massnahmeverfahren⁵² und wirkt im Gegensatz zu diesem auch nur rein repressiv. Ausserdem hat der Anzeiger bzw. der Antragsteller im Strafverfahren nicht dieselbe Stellung wie eine Partei im Zivilprozess, sondern kann als Geschädigter⁵³ nur beschränkt auf den Gang des Untersuchungsverfahrens und die Anträge der Untersuchungsbehörde Einfluss nehmen⁵⁴. Daher kann kein Antragsteller, der den Erlass einer vorsorglichen Massnahme verlangt, mit Hinweis auf deren Subsidiarität auf die Strafanzeige oder den Strafantrag verwiesen werden⁵⁵.

d) *Die Vorteile einer Strafanzeige oder eines Strafantrages in der Praxis*

Wie bei der Anzeige an eine Verwaltungsbehörde trägt der Anzeiger oder Antragsteller auch beim strafrechtlichen Vergehen weder ein Kosten-⁵⁶ noch ein Haftungsrisiko, sofern die Anzeige nicht völlig haltlos ist⁵⁷. Ausserdem ist er im Gegensatz zur vorsorglichen Massnahme auch nicht mit der Pflicht zur Durchführung eines ordentlichen Zivilverfahrens belastet. In der Praxis wirkt die Einleitung eines Strafverfahrens überdies oft schneller als oben dargestellt; fast alle Wettbewerber stellen rechtswidrige Dauerhandlungen während des Untersuchungsverfahrens auf Druck der Untersuchungsbehörde ein⁵⁸, weil eine Fortsetzung das Verschulden und damit das Strafmass erhöhen würde. Damit kann also mittels einer Strafanzeige oder eines Strafantrags oft dasselbe Ergebnis wie mit einer vorsorglichen Massnahme erreicht werden, wobei aber noch die vorne erwähnten Vorteile bestehen⁵⁹.

Allerdings gibt es auch Fälle, bei denen der Rechtsbrecher, ohne von der evtl. drohenden Busse beeindruckt zu sein, seine Tätigkeit fortsetzt, da der Verlust bei der Einstellung der betreffenden Tätigkeit die mögliche Busse bei weitem übersteigt⁶⁰. In derartigen Situationen muss der Geschädigte dann doch noch ein Mass-

52 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 238; L. David, Werberecht, S. 404.

53 Ein Einfluss kann nur ausgeübt werden, wenn der Anzeiger Geschädigter ist; der reine Verzeiger dagegen hat keine Verfahrensrechte.

54 R. Hauser, Strafprozessrecht, S. 78 f.; zu den Rechten im einzelnen: P. Brunner, Stellung des Geschädigten, S. 77 ff.

55 Vgl. Beschluss des OG ZH vom 18. Oktober 1963 (Mitteilungen 1964, S. 124 ff.) (LG).

56 Dies gilt allerdings nur, wenn die betreffenden UWG-Delikte nicht wie in den Kantonen BL (§ 12 Ziff. 3 StPO), GR (§ 62 StPO), AG (§ 181 Ziff. 6 StPO) im Privatklageverfahren verfolgt werden müssen, da dann der Privatstrafkläger die Kosten tragen muss; R. Hauser, Strafprozessrecht, S. 203.

57 R. Hauser, Strafprozessrecht, S. 286 f.

58 L. David, Werberecht, S. 404.

59 Trotz dieser Vorteile werden nur sehr selten Strafanträge nach UWG gestellt. Vgl. zu Deutschland: W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 237.

60 L. David, Werberecht, S. 404, betrachtet daher das Strafverfahren als im allgemeinen ungeeignet, um gegen unlauteren Wettbewerb vorzugehen.

nahmeverfahren einleiten, sobald er erkennt, dass der unlauter Handelnde von der Einleitung des Strafverfahrens nicht beeindruckt ist.

3. Die Friedensbürgschaft

Die Friedensbürgschaft nach Art. 57 StGB ist die einzige spezialpräventive Massnahme des schweizerischen Strafrechts, die vor der Begehung einer Straftat angeordnet werden kann⁶¹. Ihr Ziel, eine zukünftige Straftat zu verhindern, ist demjenigen der auf Unterlassung gerichteten vorsorglichen Massnahme ähnlich. Es fragt sich daher, ob sie diese nicht in den Fällen ersetzen kann, in denen eine lauterkeitsrechtlich strafbare Handlung befürchtet wird.

a) Voraussetzungen

Eine Friedensbürgschaft wird gemäss Art. 57 Ziff. 1 StGB auf Antrag⁶² des Bedrohten angeordnet, wenn die Gefahr besteht, dass jemand eine Straftat⁶³, mit deren Ausführung er gedroht hat, verüben wird oder wenn jemand die Absicht offenbart, ein Delikt, wegen dessen Begehung er bereits verurteilt wurde, zu wiederholen⁶⁴. Da nach bundesgerichtlicher Praxis keine ausdrückliche Drohung nötig ist, sondern eine konkludente genügt⁶⁵, kann eine Friedensbürgschaft angeordnet werden, wenn das Verhalten des zukünftigen Täters den Schluss auf die Erstbegehungs-⁶⁶ oder Wiederholungsgefahr⁶⁷ zulässt. Damit könnte sie also grundsätzlich in allen Fällen, in denen sich ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch auf ein als Vergehen oder Übertretung zu qualifizierendes Verhalten bezieht, angeordnet werden.

61 H. Schulz, Allgemeiner Teil II, S. 200.

62 Zum Antrag: BGE 71 IV 76; es handelt sich nicht um einen Antrag im Sinne von Art. 28 StGB, sondern um ein einfaches Begehren: A. Hänni, Ersatzmassnahmen, S. 85.

63 Art. 57 StGB ist aufgrund von Art. 102 ff. StGB auch auf Übertretungen anzuwenden: P. Graven, Cautionnement, S. 46.

64 Zu diesen alternativen Voraussetzungen BGE 71 IV 74 ff.; A. Hänni, Ersatzmassnahmen, S. 83 ff.; P. Graven, Cautionnement, S. 42 ff.; J. Grünbaum, Friedensbürgschaft, S. 25.

65 BGE 71 IV 75; A. Hänni, Ersatzmassnahmen, S. 85.

66 S. 41 ff.

67 S. 36.

b) Wirkung

Wird eine Friedensbürgschaft angeordnet, so nimmt der Richter dem Verurteilten das Versprechen ab, das betreffende Delikt nicht zu begehen. Dieses Versprechen wird dabei durch die Leistung einer angemessenen Kautions⁶⁸ gesichert, die gemäss Art. 57 Ziff. 3 StGB dem Staat verfällt, wenn der Verurteilte sein Versprechen bricht⁶⁹.

Da der Verfall der Sicherheit den ökonomischen Anreiz zur Begehung von deliktischen Wettbewerbshandlungen aufhebt, ist anzunehmen, dass eine einmal angeordnete Friedensbürgschaft den Drohenden von seiner Tat abhält, weil bei den meist rational handelnden Wettbewerbern das deliktische Handeln im Wettbewerb normalerweise rein ökonomisch motiviert ist.

c) Die Frage der Subsidiarität

Das Verfahren⁷⁰ zur Anordnung einer Friedensbürgschaft ist wesentlich langwieriger als das Massnahmeverfahren, da die Voraussetzungen bewiesen und nicht einfach glaubhaft gemacht werden müssen. Ausserdem ist es dem Beklagten bei hohen Sicherheitsleistungen auch möglich, durch Rechtsmittel⁷¹ das Verfahren in die Länge zu ziehen, so dass beim Vorliegen einer formell rechtskräftigen Anordnung die einmal angedrohte Handlung oft schon beendet ist⁷². Daher kann also kein Antragsteller, der eine vorsorgliche Massnahme begehrt, auf die Möglichkeit einer Friedensbürgschaft verwiesen werden. Aus demselben Grund lohnt es sich auch nicht, freiwillig auf eine Massnahme zu verzichten und dafür eine Friedensbürgschaft zu beantragen, obwohl damit die Vorteile des strafprozessualen Vorgehens verbunden wären⁷³. Wegen ihres schwerfälligen Verfahrens spielt die Friedensbürgschaft auch weder in der lauterkeitsrechtlichen noch in der allgemeinen Strafrechtspraxis eine Rolle.

68 Zur Höhe: P. Graven, *Cautionnement*, S. 73 f.

69 Gemäss Art. 57 Ziff. 2 StGB kann der Verurteilte sowohl zum Versprechen wie auch zur Sicherheitsleistung durch die Androhung von Haft angehalten werden; dazu P. Graven, *Cautionnement*, S. 75 ff.

70 Dazu und zur Zuständigkeit: P. Graven, *Cautionnement*, S. 100 ff.

71 Zu den Rechtsmitteln: P. Graven, *Cautionnement*, S. 102.

72 Beim im BGE 71 IV 72 behandelten Fall dauerte es vom Antrag bis zum Entscheid der zweiten kantonalen Instanz 21 Monate, wobei das Vergehen zu diesem Zeitpunkt bereits verübt worden war.

73 Negativ zu ihrer Wirksamkeit: S. Rehberg, *Strafrecht II*, S. 78.

B. Tatsächliche Mittel

In kartellrechtlichen Entscheiden begründen die Gerichte die Ablehnung von Massnahmebegehren manchmal damit, dass der Antragsteller ihm zur Verfügung stehende tatsächliche Mittel nicht ergriffen habe, um eine weitere Schädigung zu verhindern. Im folgenden ist nun zu untersuchen, ob diese Begründungen stichhaltig sind, d.h. ob die vorsorgliche Massnahme auch gegenüber derartigen tatsächlichen Mitteln subsidiär ist.

1. Der Beitritt zu einem Kartell

In einem Entscheid des Appellationsgerichtspräsidenten BS wurde das Massnahmebegehren eines boykottierten Händlers mit der Begründung abgelehnt, dass er jeglichen Schaden vermeiden könne, wenn er sich der Marktordnung des betreffenden Kartells unterwerfe und diesem beitrete⁷⁴. Zwar vermag der Beitritt zu einem Kartell die Schädigung des Antragstellers tatsächlich zu verhindern, er verschlechtert aber gleichzeitig dessen materiellrechtliche Position erheblich; zukünftige gegen ihn gerichtete Massnahmen des Kartells werden nicht mehr als Vorkehren im Sinne von Art. 4 KG, sondern als Massregeln nach Art. 14 KG qualifiziert und sind nur mehr unter den in diesem Artikel erwähnten Bedingungen rechtswidrig⁷⁵. Ausserdem geht eine derartige Begründung für die Ablehnung eines Massnemeantrages auch am Ziel des Kartellgesetzes, das Persönlichkeitsrecht auf freie wirtschaftliche Betätigung gegenüber der Machtanwendung der Konkurrenz zu schützen⁷⁶, vorbei, da auf diese Weise ein Schutz gegen Unterwerfungsboykotte verunmöglicht wird: Ist der Antragsteller erst einmal dem Kartell beigetreten, so kann er nicht mehr ein ordentliches Verfahren auf Untersagung des Boykotts anstrengen, da dieser durch die mit dem Beitritt verbundene Unterwerfung beendet wurde und wegen der Unterwerfung auch keine Wiederholungsgefahr mehr besteht. Auch das öffentliche Interesse am möglichen Wettbewerb, das, wie vorne dargestellt, ebenfalls vom Kartellgesetz geschützt wird⁷⁷, findet bei dieser Argumentation keine Berücksichtigung, da diese den Aussenseiter zum Kartellbeitritt nötigt und somit nicht zum Schutz, sondern zur Einschränkung des Wettbewerbs führt. Daher kann der Massnemeantrag eines Aussenseiters grundsätzlich nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass er eine allfällige Schädigung durch einen Beitritt zum Kartell vermeiden könne.

74 Entscheid des Appellationsgerichtspräsidenten des Kt. BS vom 27. April 1965 (VKK 1968, S. 348 ff. = BJM 1965, S. 185 ff.).

75 Vgl. Botschaft KG 1961, S. 594 (dies wird in dem in FN 74 erwähnten Urteil bewusst in Kauf genommen, BJM 1965, S. 190).

76 Dazu: S. 4 f.

77 Dazu: S. 6 ff.

2. Die Unterwerfung unter die Marktordnung eines Kartells oder einer kartellähnlichen Organisation

Der Einzelrichter am Handelsgericht Zürich lehnte in einem Fall das Massnahmebegehren eines von einem Lieferboykott betroffenen Händlers ab, weil dieser eine Schädigung hätte vermeiden können, wenn er sich bis zum Ende des ordentlichen Prozesses an die Marktordnung des Kartells gehalten hätte⁷⁸. Die Möglichkeit der Unterwerfung unter die Marktordnung eines Kartells oder einer kartellähnlichen Organisation kann aber bei richtiger Betrachtung eine vorsorgliche Massnahme, die auf vorläufige Vollstreckung von Unterlassungsansprüchen gerichtet ist, nicht im Sinne der Subsidiarität ersetzen. Lehnt ein Gericht einen Massnemeantrag deswegen ab, so widerspricht dies den materiellrechtlichen Zielen des Kartellgesetzes, den Wettbewerber in seiner Persönlichkeit und den Wettbewerb als Institut zu schützen. Der einzelne Wettbewerber hat Anspruch darauf, sich unbehindert neben einer Marktordnung wirtschaftlich zu betätigen, sofern die Behinderung nicht gemäss Art. 5 KG gerechtfertigt werden kann. Daher liegt im Ausscheren aus einer Marktordnung und der Konkurrenzierung des betreffenden Kartells auch kein Selbstverschulden, sondern – sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind – die Wahrnehmung eines Rechts⁷⁹. Dieses Recht ist im Massnahmeverfahren zu schützen und nicht der Rat zu erteilen, durch den Verzicht darauf allfälligen Machtausübungen aus dem Weg zu gehen⁸⁰. Die gleichen Folgerungen ergeben sich auch aus dem Institutsschutz, denn bei der oben erwähnten Argumentation des Handelsgerichtes Zürich bleibt völlig ausser acht, dass der Wettbewerb, der Schutzobjekt des Kartellrechts ist, durch die Anpassung des Aussenseiters zumindest zeitweise unterbunden wird.

3. Vergleichsverhandlungen

Der Einzelrichter am Handelsgericht Zürich wies in einem kartellrechtlichen Entscheid ein Massnahmebegehren mit der Begründung ab, dass es der Antragsteller unterlassen habe, mit dem Antragsgegner, der ihn boykottierte, Vergleichsverhandlungen aufzunehmen, die zu einem Vergleich und damit zur Vermeidung weiterer Schäden hätten führen können⁸¹. Wie das Beispiel des kartellrechtlichen Prozesses

78 Entscheid des ER am HG ZH vom 14. Januar 1982 i.S. Denner AG gegen Schweizerischer Bierbrauerverein (nicht publiziert).

79 A.M. Entscheid des ER am HG ZH vom 14. Januar 1982 i.S. Denner AG gegen Schweizerischen Bierbrauerverein (nicht publiziert), wo der Antrag um eine vorsorgliche Massnahme nach dem Ausscheren aus einer Marktordnung als "offenbaren Rechtsmissbrauch" bezeichnet wird. Vgl. auch Entscheid des Appellationsgerichtspräsidenten BS vom 27. April 1965 (BJM 1965, S. 189).

80 Entscheid des Kassationsgerichtes ZH vom 23. März 1982 (ZR 81 [1982] Nr. 71).

81 Entscheid vom 14. Januar 1982 i.S. Denner AG gegen Bierbrauerverein (nicht publiziert);

zwischen dem Verband Schweizerischer Filmgestalter und den Filmverleiherverbänden⁸² zeigt, kann ein Vergleich tatsächlich weitere Schädigungen verhindern und zu einem befriedigenden Interessenausgleich bis zum Ende des ordentlichen Verfahrens führen⁸³. Im folgenden muss nun aber abgeklärt werden, ob für den Antragsteller im Hinblick auf die Subsidiarität der vorsorglichen Massnahme wirklich eine Pflicht zu Vergleichsverhandlungen besteht und ob er dabei zu bestimmten Konzessionen bereit sein muss.

Grundsätzlich kann der Antragsteller nach den vorne für die Subsidiarität aufgestellten Kriterien nur dann auf ein anderes Mittel verwiesen werden, wenn ihm dieses denselben Rechtsschutz gibt wie die vorsorgliche Massnahme. Da bei einer vorsorglichen Massnahme die volle provisorische Durchsetzung der wettbewerbsrechtlichen Realansprüche möglich ist und diese noch durch die Androhung der Ungehorsamsstrafe im Sinne von Art. 292 StGB gesichert wird, muss der Antragsteller beim Vergleichsangebot keine materiellen Konzessionen machen⁸⁴; es genügt, wenn er zu einer sog. gesicherten Unterwerfungserklärung⁸⁵ Hand bietet, also offeriert, auf ein Massnahmeverfahren zu verzichten, wenn die Gegenpartei seine Ansprüche freiwillig bis zum Ende des ordentlichen Verfahrens erfüllt und dafür noch eine Konventionalstrafe verspricht. Eine derartige Unterwerfungserklärung schützt die Interessen des Antragstellers ebenso gut wie eine vorsorgliche Massnahme, erspart dem Antragsteller aber die Kosten des Massnahmeverfahrens und ist daher für ihn günstiger als dieses. Da somit die vorne für die Subsidiarität entwickelten Kriterien grundsätzlich erfüllt sind, stellt sich die Frage, ob ein Massnahmebegehren abgelehnt werden kann, wenn vorgängig kein solches Angebot erfolgte. Dies ist zu verneinen⁸⁶, da eine Unterwerfungserklärung dem Antragsgegner im Vergleich zu einem Massnahmeentscheid keine materiellen Erleichterungen bringt, sondern ihm nur die Kosten des Verfahrens erspart und diese mögliche Kostenersparnis im Massnahmeverfahren auch ohne Ablehnung des Antrags berücksichtigt werden kann. Anerkennt der Antragsgegner im Prozess die Ansprüche des Antragstellers zumindest provisorisch bis zum Abschluss des ordentlichen Verfahrens, so ist dies bei der Kostenfestsetzung in dem Sinne zu berücksichtigen, dass dem Antragsteller, der ein derartiges Vergleichsangebot vor dem Verfahren unterlassen hat, die Kosten

vgl. den in BGE 94 II 8 ff. erwähnten Entscheid des Zivilgerichtspräsidenten BS vom 14. März 1967 (PatG).

82 Das Urteil des Bundesgerichts erwähnt im Sachverhalt den Vergleich, der ein Massnahmeverfahren überflüssig machte (BGE 103 II 294 ff. = VKK 1978, S. 61). Vgl. auch den im Entscheid des ER am BezG Zürich vom 25. August 1969 (VKK 1969, S. 340) erwähnten Vergleich, der allerdings "widerrufen" wurde. Sucht der Antragsteller vor dem Massnahantrag während längerer Zeit einen Vergleich, so fällt die Dringlichkeit trotz des Zeitablaufs nicht dahin (vgl. S. 56); Entscheid des ER am BezG Zürich vom 25. August 1969 (VKK 1969, S. 340, vor allem 344).

83 Vgl. J. Leubsdorf, Standard, S. 561.

84 Vgl. BGE 94 I 14; Entscheid des Kassationsgerichtes ZH vom 23. März 1982 (ZR 81 [1982] Nr. 71, vor allem S. 164); vgl. auch J. Leubsdorf, Standard, S. 561 f.

85 Dazu: S. 181 ff.

86 BGE 94 I 14.

auferlegt werden⁸⁷. Eine derartige Kostenverteilung ermöglichen die meisten Prozessordnungen, da sie vorsehen, dass bei besonderen Umständen auch der obsiegenden Partei Kosten auferlegt werden können⁸⁸.

Die hier vertretene Ansicht lässt sich mit der vom Bundesgericht und vom Kassationsgericht Zürich⁸⁹ geäusserten vereinbaren, obwohl diese Gerichte die Notwendigkeit von Vergleichsangeboten generell ablehnen und sich zu den Konsequenzen bei der Kostenverteilung nicht äussern: Die oben erwähnten Gerichte lehnten eine Pflicht zu Vergleichsverhandlungen nur ab, um zu vermeiden, dass der Antragsteller den ihm zustehenden Rechtsschutz verliert. Die Obliegenheit zum Angebot einer Unterwerfungserklärung dagegen tut, wie oben gezeigt, dem Rechtsschutz des Antragstellers keinen Abbruch. Einerseits ist er durch eine gesicherte Unterlassungserklärung ebenso geschützt wie bei einer vorsorglichen Massnahme, andererseits beeinflusst die Unterlassung des Vergleichsangebots nur die Frage der Kostenverteilung, nicht aber die des Massnahmeerlasses selbst.

Der vorne geäusserten Ansicht entspricht auch die deutsche Praxis; die sog. Abmahnung⁹⁰, ein Schreiben, in dem der Antragsgegner vor dem Verfügungsantrag dazu aufgefordert wird, eine Unterlassungserklärung abzugeben, wird nicht als Pflicht, sondern nur als Obliegenheit betrachtet⁹¹. Wird sie unterlassen, so hat dies nicht zur Folge, dass der Verfügungsantrag abgelehnt wird, sondern bewirkt nur, dass die Verfahrenskosten nach § 93 DZPO⁹² dem Antragsteller überbunden werden, wenn der Antragsgegner im Verfahren zu einer Unterwerfung bereit ist⁹³.

Anders liegen die Verhältnisse dagegen, wenn der Antragsgegner dem Antragsteller vorprozessual eine gesicherte Unterwerfungserklärung angeboten hat, um das Massnahmeverfahren zu vermeiden, und dieser die Annahme ablehnte. In einem derartigen Fall muss ein späterer Massnahmeerlass wegen der Subsidiarität der vorsorglichen Massnahme abgelehnt werden, da der Antragsteller durch die Annahme des Angebots des Antragsgegners genau den gleichen Rechtsschutz wie

87 Vgl. Entscheid des OG ZH vom 22. November 1978 (Mitteilungen 1979, S. 161 ff.); A. Briner, Vorsorgliche Massnahmen, S. 163.

88 Vgl. § 64 Abs. II ZH ZPO.

89 BGE 94 I 14; Entscheid des Kassationsgerichtes ZH vom 23. März 1982 (ZR 81 [1982] Nr. 71, vor allem S. 164), wobei aber beide Entscheide nur den Vergleich mit materiellen Konzessionen behandeln und sich daher nicht mit der Kostenfrage beschäftigen.

90 Dazu W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 48 ff. Interessant ist, dass die Abmahnungskosten in Deutschland auf den Abgemahnten überwält werden können. Dazu: W.L. Pastor, Kostenerstattung, S. 423 ff.; U. Loewenstein, Probleme, S. 840 ff.; K.-J. Melullius, Unkostenerstattungsanspruch, S. 51 ff.

91 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 13 ff.; U. Loewenstein, Probleme der vorprozessualen Abmahnung, S. 839 f.; B.-J. Przygodda, Abmahnungspflicht, S. 409 f.; H.-G. Borck, Obliegt es dem Opfer, den Täter zu warnen?, S. 241 ff., vor allem 246 f. Kritisch: H.K. Sommermeyer, Anwendung des § 93 ZPO, S. 288 ff.

92 Vgl. zu dieser Bestimmung: Baumbach/Lauterbach/Hartmann, Zu § 93 DZPO (vor allem Anm. B5 "Wettbewerbsache"); kritisch: H.K. Sommermeyer, Anwendung des § 93 ZPO, S. 288 ff.

93 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 14; U. Wedemeyer, Vermeidbare Klippen des Wettbewerbsrechts, S. 296 f.

bei einem Massnahmeerlass hätte erreichen können⁹⁴. Dies gilt allerdings nur bei durch Konventionalstrafe gesicherten Unterwerfungserklärungen, weil ungesicherte vertragliche Verpflichtungen das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers, wie vorne gezeigt, nicht befriedigen können⁹⁵. Die angebotene Vertragsstrafe muss dabei angemessen sein; d.h. sie muss geeignet sein, den Antragsgegner von Wiederholungen abzuhalten⁹⁶. Deshalb muss sich ihre Höhe am finanziellen Interesse, das der Antragsgegner an einer Wiederholung hat, bemessen; nur wenn die Konventionalstrafe hoch genug ist, um dieses zu neutralisieren, fällt für den Antragsgegner der ökonomische Anreiz für die betreffende Handlung weg.

Eine Vertragsstrafe muss ausserdem immer an den Antragsteller selbst zahlbar sein und nicht an einen Dritten, wie z.B. eine wohltätige Organisation, denn die Zahlung an einen Konkurrenten wirkt für ein Unternehmen wesentlich abschreckender als die an eine wohltätige Organisation, die evtl. noch werbemässig ausgeschlachtet werden kann⁹⁷. Ausserdem würde eine solche Zahlung den Antragsteller auch nicht von der Problematik der Schadenersatzverfolgung befreien und ihn im Wiederholungsfall dazu zwingen, auf sein Risiko eine Konventionalstrafe einzuklagen, von der er gar nicht profitiert⁹⁸.

94 In Deutschland, wo der Grundsatz der Subsidiarität nicht gilt, wird in solchen Fällen angenommen, dass dem Antragsteller das Rechtsschutzinteresse fehlt. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 527.

95 S. 39 f.

96 H.-G. Borck, Unterwerfungserklärung, S. 375 f.; vgl. die bei U. Loewenstein, Probleme der vorprozessualen Abmahnung, S. 840, publizierten Zahlen und U. Külper, Probleme der Unterwerfungserklärung, S. 134; W.L. Pastor, UWG-Reform, S. 250.

97 Kritisch: W.L. Pastor, UWG-Reform, S. 250, und M. Kohlhaas, S. 91; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 140 f., ist der Meinung, dass bei Antragstellern, die selbst keinen Schaden erleiden (Vereine), Zahlung an einen Dritten genügt.

98 G. Heinz/W. Stillner, Übernahme einer an einen Dritten zu zahlenden Vertragsstrafe, S. 657; dies., Problematik eines Vertragsstrafeversprechens, S. 249 f.; Urteil des LG Berlin vom 15. April 1977, in: WRP 1977, S. 515, mit Anmerkung G. Heinz/W. Stillner.

§ 6 Die superprovisorische Verfügung

I. Der Begriff der superprovisorischen Verfügung

Als superprovisorisch wird eine Verfügung bezeichnet, die der Richter auf einseitiges Vorbringen des Antragstellers ohne Anhörung der Gegenpartei erlässt¹. Diese Art der Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird durch Art. 9 Abs. III UWG für den Bereich des Wettbewerbsrechts ausdrücklich zugelassen.

Hervorstechendes Merkmal der superprovisorischen Verfügung ist der vorläufige Verzicht auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs an den Antragsgegner und die dadurch bewirkte Einseitigkeit des Verfahrens. Diese hat zur Folge, dass der Erlass einer derartigen Verfügung für den Antragsteller oft völlig überraschend erfolgt. Nicht diese Überraschung ist aber das eigentliche Ziel der superprovisorischen Verfügung², sondern die Abwehr von Schaden, der dem Antragsteller sonst infolge des Zeitablaufs bis zur mündlichen Verhandlung entstehen würde; der Verzicht auf die vorherige Anhörung des Antragsgegners und dessen Überraschung werden dabei nur als notwendiges Übel in Kauf genommen³.

Wegen ihres Überraschungseffektes ist die superprovisorische Verfügung für den Antragsteller als Instrument des Wirtschaftskampfes besonders attraktiv⁴; er kann eine überfallartige Wirkung erzielen und damit die Marketingplanung und -ausführung seines Konkurrenten empfindlich stören. So kann es sich für einen Wettbewerber katastrophal auswirken, wenn ihm mitten in einer Werbekampagne bestimmte Werbeaussagen, die dieser zugrunde liegen, verboten werden, ohne dass er Zeit hatte, alternative Werbekonzepte auszuarbeiten. Wegen dieser Wirkung wird die superprovisorische Verfügung von O. Teplitzky als "schärfste und gefährlichste Form" der vorsorglichen Massnahme bezeichnet⁵. Diese Feststellung trifft für die Bundesrepublik Deutschland noch in stärkerem Masse als für die Schweiz zu; in Deutschland werden einstweilige Verfügungen, die gemäss § 937 Abs. II DZPO ohne Anhörung des Antragsgegners im Beschlussverfahren erlassen werden, der Gegenpartei nicht von Amts wegen zugestellt. Es ist dem Antragsteller überlassen, sie durch private Zustellung innert 30 Tagen in Kraft zu setzen und zu vollziehen⁶.

1 Für viele H.U. Walder-Bohner, Zivilprozessrecht, S. 398.

2 Vgl. dagegen H.P. Ming, Vorsorgliche Massnahme, S. 38, der das Überraschungsmoment in den Vordergrund stellt.

3 Vgl. R. von Goetze, Zurückweisung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, S. 433; der Verzicht ist ein Eingriff in das rechtliche Gehör, der durch das dringende Rechtschutzbefürfnis des Antragstellers gerechtfertigt werden kann, dazu BGE 88 I 109 f.; J.D. Cornette, Temporary restraining orders, S. 99; Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 668 f.

4 Vgl. O. Teplitzky, Erfasst die Vermutung des § 25 UWG auch den "dringenden Fall" von § 937 ZPO?, S. 287; D. Leipold, Grundlagen, S. 134.

5 O. Teplitzky, Erfasst die Vermutung von § 25 UWG auch den "dringlichen Fall" von § 937 ZPO?, S. 287.

6 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 323; Baumbach/Hefermehl, N. 20 f. zu § 25 DUWG.

So ist es ihm möglich, eine einstweilige Verfügung "auf Vorrat" zu erwirken, um sie dann in einem besonders günstigen Zeitpunkt zum Einsatz zu bringen⁷.

II. Die Voraussetzungen zum Erlass einer superprovisorischen Verfügung

Gemäss Art. 9 Abs. III UWG kann eine superprovisorische Verfügung nur erlassen werden, wenn "Gefahr im Verzuge" ist, d.h. die Rechtsposition des Antragstellers derart gefährdet ist, dass ihm nicht zugemutet werden kann, bis zur mündlichen Verhandlung zu warten. Der Antragsteller muss also ein besonders dringendes Rechtsschutzbedürfnis aufweisen, damit vom verfassungsmässigen Anspruch des Antragsgegners auf vorgängiges rechtliches Gehör abgesehen werden kann⁸.

Deswegen muss aber entgegen der herrschenden Lehre⁹ neben den allgemeinen Voraussetzungen des Massnahmeerlasses nicht noch eine besondere Dringlichkeit geprüft werden¹⁰. Im Prinzip müssen Verfügungsgrund und Verfügungsanspruch wie bei einer gewöhnlichen vorsorglichen Massnahme untersucht und die daraus errechneten wahrscheinlichen Schäden gegeneinander abgewogen werden¹¹. Dabei ergeben sich aber aus den Besonderheiten der superprovisorischen Verfügung gewisse Modifikationen. So ist bei der Analyse der irreparablen Schäden zu beachten, dass sich im Gegensatz zur gewöhnlichen vorsorglichen Massnahme nicht die Frage stellt, ob dem Antragsteller der provisorische Rechtsschutz bis zum Ende des ordentlichen Verfahrens, also evtl. für mehrere Monate oder Jahre, versagt werden soll, sondern nur, ob schon vor der mündlichen Verhandlung, die binnen einiger Tage oder weniger Wochen stattfinden kann, eine Massnahme angeordnet werden soll¹². Dies führt dazu, dass nicht der irreparable Schaden, der bis zum Ende des ordentlichen Prozesses eintritt, zu beachten ist, sondern nur derjenige, der bis zu einer möglichen mündlichen Verhandlung entstehen kann. Dabei ist der Abschätzung dieses Schadens die kürzestmögliche Vorladungsfrist zugrunde zu legen, da einem dringenden Rechtsschutzbedürfnis primär durch Beschleunigung des normalen Verfahrens und nicht durch Verzicht auf das rechtliche Gehör des

7 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 320, bezeichnet die Verfügung deshalb als "hohes taktisches Mittel".

8 Vgl. BGE 88 I 109 f.

9 W. Habscheid, Droit Judiciaire Suisse, S. 377.

10 Vgl. Baumbach/Hefermehl, N. 13 zu § 25 DUWG; Stein/Jonas/Grunsky, N. 5 zu § 937 DZPO; H.-G. Borck, Zur Zurückweisung des Verfügungsantrages, S. 644, die zwar alle von einer besonderen Dringlichkeit ausgehen, diese aber als gesteigerte Form der allgemeinen im Sinne des Verfügungsgesuches betrachten.

11 S. 89 f. Zur Interessenabwägung vgl. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 310; ders., Schutzschrift, S. 231, der aber die Interessen des Antragstellers sofort als vorrangig bezeichnet.

12 H.-G. Borck, Die Zeit und ihr Vergehen, S. 523; vgl. O. Teplitzky, Erfasst die Vermutung von § 25 UWG auch den "dringenden Fall" von § 937 ZPO?, S. 286.

Antragsgegners Rechnung zu tragen ist¹³. Beim Verfügungsanspruch dagegen ist sowohl bei der Würdigung der Sach- wie auch der Rechtslage zu berücksichtigen, dass die richterliche Überzeugung nur auf den einseitigen Darlegungen des Antragstellers basiert und deshalb notgedrungen weniger hoch ist als nach einer kontradiktorischen Verhandlung, bei der alle Argumente betrachtet werden können¹⁴. Daher muss der Richter bei der quantitativen Abschätzung seiner auf einseitiger Darlegung beruhenden Überzeugung immer einen gewissen Abzug machen, weil der Antragsgegner ja Argumente oder Glaubhaftmachungsmittel ins Feld führen könnte, die er in der einseitigen Verhandlung nicht berücksichtigt hat¹⁵. Dies führt dazu, dass superprovisorische Massnahmen meist nur dann erlassen werden können, wenn der Richter vom Verfügungsanspruch in hohem Masse überzeugt ist, d.h. aufgrund der Darlegungen des Antragstellers eine sehr gute Hauptsachenprognose stellen kann¹⁶.

Unabhängig von der Abwägung der wahrscheinlichen Schäden muss immer abgeklärt werden, ob der Antragsteller sein Recht auf eine superprovisorische Verfügung nicht dadurch verwirkt hat¹⁷, dass er vor dem Massnahantrag zuviel Zeit untätig verliessen liess. Verging nämlich soviel Zeit, wie für die Ansetzung und Durchführung mündlicher Verhandlungen benötigt worden wäre, so ist es rechtsmissbräuchlich, die Zeit, die der Antragsteller selbst versäumte, durch den Verzicht auf die Anhörung des Antragsgegners wieder aufzuholen, auch wenn die Situation gerade durch dieses Versäumnis äusserst dringend geworden ist¹⁸.

Im folgenden sind nun Fallgruppen aus dem Bereich des Wettbewerbsrechts darzustellen, bei denen es grundsätzlich möglich ist, dass die Voraussetzungen für eine superprovisorische Verfügung im eben dargestellten Sinne gegeben sind.

— Kurzfristige Wettbewerbsverstösse

Oft gibt es im wirtschaftlichen Wettbewerb Handlungen, die ihrer Natur nach nur auf wenige Tage beschränkt sind und daher nur von einer superprovisorischen Verfügung wirksam unterbunden werden können¹⁹. Zu dieser Kategorie gehören naturgemäss die auf Messen beschränkten Wettbewerbshandlungen und die meisten

13 Vgl. Verfügung des ER am HG ZH vom April 1979 (Mitteilungen 1979, S. 128).

14 I. Meier, Grundlagen, S. 228 f.

15 Vgl. Verfügung des ER am BezG Winterthur vom 16. April 1981 (erwähnt in: Mitteilungen 1981, S. 170).

16 Vgl. R. von Goetze, Zurückweisung eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, S. 433.

17 Vgl. die Ausführungen zur Verwirklichung des Rechts auf eine vorsorgliche Massnahme, S. 129 ff.

18 H.-G. Borck, Die Zeit und ihr Vergehen, S. 523; vgl. Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 669; Verfügung des ER am HR ZH vom April 1979 (Mitteilungen 1979, S. 128); vgl. Entscheid des Obergerichtspräsidiums TG vom 8. März 1970 (ROT 1970 Nr. 29) (PatG).

19 O. Teplitzky, Erfasst die Vermutung des § 25 UWG auch den "dringlichen Fall" von § 937 ZPO?, S. 287.

Verstöße gegen die Ausverkaufsordnung, da diese gemäss Art. 1 AO nur zeitlich beschränkte Veranstaltungen erfasst²⁰.

Werden derartige kurzfristige Verstöße nicht schon bei ihrer Vorbereitung entdeckt, ist es im allgemeinen unmöglich, eine mündliche Verhandlung in den üblichen Fristen anzuberaumen, da die Handlung im Zeitpunkt der Verhandlung bereits abgeschlossen ist. Dies führt dazu, dass der Antragsteller ohne Erlass einer superprovisorischen Massnahme bis zur mündlichen Verhandlung einen hohen irreparablen Schaden erleidet. Kann er daneben seinen Verfügungsanspruch überzeugend darlegen, so wird er in der Regel einen höheren wahrscheinlichen Schaden als der Antragsgegner aufweisen, zumal dieser im Bereich der Ausverkaufsverstöße kaum einen irreparablen Schaden erleidet, da derartige Wettbewerbshandlungen meist gut um einige Tage oder Wochen, d.h. bis zur mündlichen Verhandlung, verschoben werden können. Es kann jedoch vorkommen, dass der wahrscheinliche Schaden²¹ des Antragsgegners wegen einer starken irreparablen Schädigung auf seiner Seite, wie sie etwa bei den auf Messen beschränkten Wettbewerbshandlungen, die meist nicht wiederholt werden können, eintreten kann oder wegen der nicht völlig klaren Darlegung des Verfügungsanspruchs gegenüber dem des Antragstellers überwiegt. Diese Situation kann sich insbesondere im Bereich des Kartellrechts ergeben, weil der Entscheid wegen der Struktur des Gesetzes vor allem davon abhängt, ob das Kartell oder die kartellähnliche Organisation einen der in Art. 5 KG erwähnten Rechtfertigungsgründe geltend macht und auch glaubhaft machen kann²². Wenn nun der Richter keine superprovisorische Verfügung erlassen kann, weil er annehmen muss, dass der Antragsgegner durch seine Darlegungen den Verfügungsanspruch erschüttern kann, steht er bei den kurzfristigen Wettbewerbshandlungen vor einem unerfreulichen Ergebnis: Indem er den Erlass einer superprovisorischen Verfügung ablehnt, verweigert er jeden Rechtsschutz, denn Merkmal der kurzfristigen Wettbewerbshandlungen ist ja gerade, dass dieser nur in der Form der superprovisorischen Verfügung wirksam ist. Zur Vermeidung dieses Resultates sollte der Richter in derartigen Fällen den Antragsgegner in geeigneter Form schon im Verfahren zur superprovisorischen Verfügung anhören, um zu einer sichereren Hauptsacheprognose zu gelangen²³. So kann er den Antragsgegner z.B. dazu auffordern, innerhalb einer kurzen Frist zu gewissen spezifischen Fragen Stellung zu nehmen²⁴. Damit entfernt er sich zwar von der eigentlichen superprovisorischen Verfügung, die ja keine Äusserung des Antragsgegners vorsieht; diese Abweichung ist aber gerechtfertigt, da ohne sie der Rechtsschutz völlig verweigert

20 D. Lehmann, Ausverkaufsordnung, S. 192 ff.

21 Dazu: S. 90 f.

22 Deshalb sind die Gerichte bei kartellrechtlichen Verfahren im allgemeinen mit dem Erlass superprovisorischer Verfügungen zurückhaltend.

23 In der amerikanischen Praxis wird vor dem Erlass von temporary restraining orders oft informell dem Antragsgegner die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt. *Developments of the law – Injunctions*, S. 1060.

24 F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 37; vgl. M. Engelschall, Änderung, S. 105, mit Hinweis auf die Praxis des LG Hamburg; R. Klaka, Praxis, S. 599.

werden müsste²⁵. Eine derartige Anhörung ist zwar im Gesetz nicht vorgesehen, verletzt dieses aber demnach nicht; das Gesetz schliesst die Anhörung des Antragsgegners nur insoweit aus, wie dies das dringende Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers verlangt. Daher ist eine Anhörung dann möglich, wenn dieses dringende Rechtsschutzbedürfnis nur bei einer Anhörung befriedigt werden kann. Durch diese Anhörung wird das Verfahren aber nicht einfach in eine gewöhnliche vorsorgliche Massnahme übergeleitet, solange es bei einer informellen, auf spezifische Punkte beschränkten Anhörung bleibt.

Wird beispielsweise ein Aussteller von der Teilnahme an einer sehr wichtigen Messe kurz vor Beginn ausgeschlossen, weil er sich nicht an die Marktordnung des veranstaltenden Vereins hält, so ist es angezeigt, vom Verband innert 24 Stunden eine Darlegung und ganz summarische Glaubhaftmachung der Rechtfertigungsgründe zu verlangen, da einerseits diese Rechtfertigungsgründe für die rechtliche Beurteilung der Wettbewerbsbehandlung entscheidend sind, andererseits aber eine Entscheidung unbedingt vor dem Beginn der Messe erfolgen muss.

— Gegendarstellung

Wie vorne dargestellt, kann sich als Inhalt einer vorsorglichen Massnahme die Gewährung eines Gegendarstellungsrechts aufdrängen, wenn die vorläufige Vollstreckung eines Beseitigungsanspruchs angestrebt wird²⁶. Eine derartige Gegendarstellung hat jedoch nur dann eine Wirkung, wenn sie sofort auf die verletzende Äusserung folgt²⁷. Daher ergibt sich bei den Gegendarstellungen eine ähnliche Situation wie bei den kurzfristigen Wettbewerbsverstössen; erlässt der Richter keine superprovisorische Verfügung, so verweigert er den Rechtsschutz gänzlich²⁸. Aufgrund dieser Sachlage überwiegt auch bei der Gegendarstellung tendenziell das Interesse des Antragstellers an einer sofortigen Verfügung, zumal die irreparable Schädigung des Antragsgegners normalerweise relativ gering ist²⁹. Nun kann aber auch hier der Fall auftreten, dass der Richter auf einseitiges Vorbringen keine superprovisorische Verfügung anordnen kann, etwa weil er vermuten muss, dass sich der Antragsgegner bei seinen Äusserungen auf Informationen stützte, die er selbst nicht kennt und die

25 Zur Zulässigkeit in Deutschland: M. Engelschall, *Änderung*, S. 105; a.M. W.L. Pastor, *Schutzschrift*, S. 232; ders., *Wettbewerbsprozess*, S. 308. W.L. Pastor geht von der Einseitigkeit des Verfahrens aus und fordert daher den vollständigen Ausschluss des Antragsgegners von allen materiellrechtlichen Äusserungen (vgl. seine Haltung zur Schutzschrift, dazu S. 224).

26 S. 117 f.

27 Vgl. M. Engelschall, *Änderung*, S. 104; M. Kummer, *Zivilprozessrechtlicher Schutz des Persönlichkeitsrechts*, S. 111; *Botschaft Persönlichkeitsschutz*, S. 646 f.

28 Vgl. dazu die in ZR 77 (1978) Nr. 53 erwähnte Gegendarstellung; vgl. den Entscheid des Appellationshofes BE vom 4. Januar 1973 (ZBJV 111 [1973], S. 118 ff.), wo die vorsorgliche Massnahme so lange durch Rechtsmittel verzögert wurde, bis schliesslich ein Rechtsschutzinteresse an einer Beseitigung verneint wurde, weil die schädigende Wirkung durch Zeitablauf abgeklungen sei.

29 Vgl. S. 79.

trotz der Darlegungen des Antragstellers die Behauptung als gerechtfertigt erscheinen lassen könnten. Auch in derartigen Fällen sollte der Richter, wie bei den zeitgebundenen Verstössen, den Antragsgegner schon im Verfahren zum Erlass der superprovisorischen Verfügung anhören, um eine bessere Hauptsachenprognose stellen zu können³⁰. Wird beispielsweise in einem branchenspezifischen Verbandsblatt, das sich an Detaillisten wendet, die Behauptung aufgestellt, dass ein bestimmter verbandsfremder Grosshändler von Zeit zu Zeit minderwertige Ware liefert, so scheint es gerechtfertigt, dass der Richter den Verband dazu auffordert, die Recherchen, auf die sich die Behauptung stützt, innerhalb einer sehr kurzen Frist dem Gericht abzuliefern.

– Stark schädigende Wettbewerbshandlungen

Bei Wettbewerbshandlungen, die zu einer starken und evtl. existenzgefährdenden Schädigung führen, hat der Antragsteller aufgrund seiner hohen irreparablen Schädigung bei einer überzeugenden Glaubhaftmachung der tatsächlichen Grundlagen und genügend klarer Rechtslage tendenziell einen grösseren wahrscheinlichen Schaden als der Antragsgegner³¹. Als Beispiel für eine derartige schwere und existenzgefährdende Schädigung durch Wettbewerbshandlungen ist etwa der Boykott eines Lebensmittelhändlers durch die in seiner Branche marktbeherrschenden Grossverteiler zu erwähnen³² oder auch die Anschwärzung des Konkurrenten unter Hinweis auf die schlechte oder sogar gesundheitsschädigende Qualität seiner Produkte, weil dies normalerweise eine grosse Kundeneinbusse mit sich bringt³³.

– Beweissicherung

Eine Massnahme zur Beweissicherung enthält an und für sich keine Verbote oder Gebote bezüglich der Wettbewerbshandlungen des Antragsgegners und greift daher normalerweise nicht störend in dessen Geschäftsbetrieb ein, weshalb sie diesen meist überhaupt nicht schädigt³⁴. Dies führt dazu, dass der wahrscheinliche Scha-

30 Vgl. M. Engelschall, Änderung, S. 105, mit Hinweis auf die Praxis des LG Hamburg; R. Klaka, Praxis, S. 599.

31 Vgl. O. Teplitzky, Erfasst die Vermutung des § 25 UWG auch den "dringenden Fall" von § 937 ZPO?, S. 287.

32 Vgl. Verfügung des ER am BezG Zürich vom 5. September 1968 (erwähnt in: VKK 1969, S. 313 ff.) und Verfügung des ER am BezG Zürich vom 24. Juli 1969 (erwähnt in: VKK 1969, S. 340 ff.).

33 Vgl. Beschluss des ER am BezG Zürich vom 14. Dezember 1976 (erwähnt in: SJZ 75 [1979], S. 209).

34 Entscheid des Präsidenten des HG SG vom 18. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 173 ff., vor allem 177); vgl. Urteil des HG SG vom 25. November 1959 (Mitteilungen 1962, S. 138 f.) (PatG); vgl. dagegen BGE 88 II 276 ff., wo wegen einer Beweissicherung ein grosser Schaden entstand.

den des Antragstellers sogar ohne besonders überzeugende Darlegung des Verfügungsgrundes gegenüber dem des Antragsgegners überwiegt, wenn er ohne Beweissicherungsmaßnahme wegen späterer Beweisnot einen irreparablen Schaden erleidet.

Ausserdem kann der Zweck der Beweissicherung durch die Anhörung des Antragsgegners geradezu vereitelt werden, da dieser, durch die Verhandlung früh gewarnt, die Beweise noch rasch beseitigen kann³⁵. Daher sollten Beweissicherungen im Sinne von Art. 9 Abs. I UWG regelmässig als superprovisorische Verfügungen ohne Anhörung des Antragsgegners angeordnet werden³⁶. In diesem Sinne bestimmt auch § 233 Abs. I ZH ZPO, dass die vorsorgliche Beweisabnahme in der Regel ohne Anhörung der Gegenpartei zu verfügen ist.

III. Die superprovisorische Verfügung in der Praxis

A. In Deutschland

Gemäss den Angaben von R. Klaka³⁷, die sich auf die von M. Engelschall³⁸ und der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht³⁹ publizierten Zahlen stützen, ergeben in Deutschland je nach Gericht zwischen 50 und 95% aller einstweiligen Verfügungen auf dem Gebiete des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts, ohne Anhörung des Antragsgegners, im Beschlussverfahren nach § 937 DZPO. In diesem Gebiet ist also entgegen dem Wortlaut von § 937 DZPO die Beschlussverfügung zur Regel, die mündliche Verhandlung dagegen zur Ausnahme geworden⁴⁰.

Welches sind nun die Gründe für einen derart regen Einsatz der superprovisorischen Verfügung? Zunächst ist einmal festzuhalten, dass auch im Bereich des Wettbewerbsrechts nach herrschender Lehre prinzipiell zwischen der Dringlichkeit im Sinne des Verfügungsgrundes und der besonderen Dringlichkeit als Voraussetzung des Beschlussverfahrens nach § 937 DZPO unterschieden wird⁴¹ und dass das DUWG den Erlass von Beschlussverfügungen nicht besonders erleichtert, da sich

35 Vgl. die Argumentation in der Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 18. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 173 ff., vor allem 176).

36 Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 18. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 173); Verfügung der Justizkommission LU vom 11. September 1972 (Mitteilungen 1975, S. 114); Entscheid des Cour de Cassation GE vom 17. April 1959 (Sem.jud. 1960, S. 219 ff.) (MSchG); Verfügung des ER am HG ZH vom 8. März 1979 (Mitteilungen 1979, S. 124).

37 R. Klaka, Praxis, S. 598.

38 M. Engelschall, Änderung, S. 104.

39 Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Eingabe betreffs Stellungnahme zum Entwurf eines zweiten Änderungsgesetzes zur ZPO, S. 354.

40 W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 309.

41 Baumbach/Hefermehl, N. 12 zu § 25 DUWG; H.-G. Borck, Die Zeit und ihr Vergehen, S. 522; R. Klaka, Praxis, S. 599; Stein/Jonas/Grunsky, N. 5 zu § 937 DZPO.

die Dringlichkeitsvermutung von § 25 DUWG nicht auch auf die besondere Dringlichkeit im Sinne von § 937 DZPO bezieht⁴². Die herrschende Lehre geht aber von der vorne dargestellten⁴³ Prämisse aus, dass jede Wettbewerbsrechtsverletzung ihrer Natur nach zu einem dringlichen Rechtsschutzbedürfnis führe, und weitet diesen Grundsatz auch auf die besondere für das Beschlussverfahren notwendige Dringlichkeit aus⁴⁴. Diese Argumentation ist aber aus zwei Gründen abzulehnen: Einerseits ist der Grundsatz, dass jede Wettbewerbsbeschränkung dringlich ist, in dieser absoluten Formulierung, wie vorne gezeigt⁴⁵, unrichtig, da er auf einer nur einseitigen Betrachtung der Interessen beruht. Andererseits lässt sich aber auch von einer evtl. festgestellten gewöhnlichen Dringlichkeit nicht ohne weiteres auf die besondere Dringlichkeit schliessen, da die Entscheidung zwar oft nicht einige Monate auf sich warten lassen darf, aber durchaus noch einige Tage, nämlich bis zur mündlichen Verhandlung, aufgeschoben werden kann⁴⁶. Der wahre Grund für die Häufung von Beschlussverfügungen im Sinne von § 937 DZPO dürfte in der starken Überlastung der Gerichte mit Begehren um einstweilige Verfügungen in Wettbewerbsachen liegen⁴⁷; Beschlussverfügungen sind für die Gerichte einfacher und zeitsparender, weil sie nicht begründet werden müssen⁴⁸ und die Verhandlung oft ganz wegfällt⁴⁹, da häufig kein Widerspruch erfolgt.

Ein weiterer Grund für die Häufigkeit von Beschlussverfügungen dürfte auch in der Ausbildung des materiellen Lauterkeitsrechts durch die deutsche Praxis zu sehen sein; gerade im Bereich der Werbung sind viele Tatbestände entwickelt worden, die nach gesicherter Praxis unstreitig unlauter sind. Der Richter wird in derartigen Fällen, wenn die betreffende Werbung durch die Vorlage eines Werbeträgers direkt bewiesen wird, im Sinne der Handhabung klarer Verhältnisse sofort eine Beschlussverfügung erlassen, da nicht damit zu rechnen ist, dass die Entgegnungen des Antragsgegners noch etwas am Ergebnis ändern können⁵⁰.

An dieser Praxis, einstweilige Verfügungen regelmässig im Beschlussverfahren zu erlassen, wurde in den letzten Jahren vermehrt Kritik geübt⁵¹, die vor allem auf dem rechtsstaatlichen Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäss § 103 GG

42 Baumbach/Hefermehl, N. 13 zu § 25 DUWG; H.-G. Borck, Die Zeit und ihr Vergehen, S. 523; Stein/Jonas/Grunsky, N. 5 zu § 937 DZPO; a.M. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 312.

43 S. 64 f.

44 H.-G. Borck, Die Zeit und ihr Vergehen, S. 523.

45 S. 65 ff.

46 O. Teplitzky, Vermutung, S. 287.

47 O. Teplitzky, Schutzschrift, S. 375; vgl. M. Engelschall, Änderung, S. 104; das LG Hamburg erhält jährlich zwischen 500 und 1'000 Anträgen.

48 M. Engelschall, Änderung, S. 104; O. Teplitzky, Schutzschrift, S. 375.

49 Vgl. H.-G. Borck, Befriedigungsverbot, S. 242, zur Zeitersparnis.

50 Zu diesen klaren Fällen und ihrer Handhabung mit Beispielen: H.-G. Borck, Befriedigungsverbot, S. 240 f.; vgl. Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Eingabe betreffs Stellungnahme zum Entwurf eines zweiten Änderungsgesetzes zur ZPO, S. 354.

51 K. Uebe, Vorwegnahme der Entscheidung, S. 123; D. Leipold, Grundlagen, S. 134; vgl. O. Teplitzky, Schutzschrift, S. 375.

basierte⁵². Dieser Kritik sollte im Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung der ZPO Rechnung getragen werden; dieser Entwurf bezweckte, die Bestimmung von § 937 ZPO zu präzisieren und die Voraussetzungen für den Erlass von Beschlussverfügungen genauer zu formulieren⁵³: "Eine einstweilige Verfügung darf ohne mündliche Verhandlung nur ergehen, wenn sie so eilbedürftig ist, dass sie nicht bis zur mündlichen Verhandlung aufgeschoben werden kann, oder wenn durch die Anordnung der mündlichen Verhandlung der Zweck der einstweiligen Verfügung gefährdet wird"⁵⁴. Diese Neuerung wurde aber gerade von der auf Wettbewerbsprozessrecht spezialisierten Literatur vehement bekämpft, wobei vor allem damit argumentiert wurde, dass sich die bisherige Praxis gut bewährt habe⁵⁵. *H.-G. Borck* rechnete dabei anhand der von Statistiken erfassten Verfahren aus, dass die Fehlerquote der Beschlussverfügungen in Wettbewerbssachen unter 5% liegt, d.h. dass im Widerspruchsverfahren weniger als 5% aller Beschlussverfügungen geändert werden⁵⁶. Dieser Umstand mag dazu beigetragen haben, dass § 937 ZPO nicht revidiert wurde und dass sich auch die Gerichtspraxis in Wettbewerbssachen seither nicht geändert hat⁵⁷.

Trotz ihrer Beständigkeit und ihres statistischen Erfolgs darf diese Praxis m.E. nicht auf die Schweiz übertragen werden, da an dem aus Art. 4 BV entwickelten Grundsatz festzuhalten ist, dass das vorgängige rechtliche Gehör nur dann beschränkt oder entzogen werden darf, wenn dies durch das dringende Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers wirklich gerechtfertigt ist⁵⁸.

B. In der Schweiz

Leider werden nur wenige der nach Art. 9 Abs. III UWG erlassenen superprovisorischen Massnahmen publiziert. Anhand dieser lässt sich aber feststellen, dass die schweizerischen Gerichte an die für den Erlass einer superprovisorischen Verfügung notwendige besondere Dringlichkeit strenge Anforderungen stellen und sie gesondert von der Frage der Dringlichkeit im Sinne des Verfügungsgrundes behandeln⁵⁹. Dabei wird allerdings nie eine Interessenabwägung vorgenommen. Die Frage der

52 R. Klaka, *Praxis*, S. 598.

53 Begründung zum Referentenentwurf Nr. 77 bei K. Pihler, *Einstweiliger Rechtsschutz*, S. 298 f.

54 Text bei K. Pihler, *Einstweiliger Rechtsschutz*, S. 298.

55 H.-G. Borck, *Befriedigungsverbot*, S. 241 ff.; Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz, Eingabe betreffs Stellungnahme zum Entwurf eines zweiten Änderungsgesetzes zur ZPO, S. 253 ff.; M. Engelschall, *Änderung*, S. 103 ff.

56 H.-G. Borck, *Befriedigungsverbot*, S. 243 f.

57 H.-G. Borck, *Die Zeit und ihr Vergehen*, S. 523.

58 BGE 88 I 109 f.; vgl. Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 668 f.

59 Vgl. Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 18. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 174); in diesem Entscheid wird auch der Unterschied in der Beurteilung von Befriedigungs- und Beweissicherungsverfügungen deutlich.

Dringlichkeit wird nur rein aus der Sicht des Antragstellers beurteilt, mithin also allein darauf abgestellt, ob dieser bis zur mündlichen Verhandlung einen irreparablen Schaden erleide, wobei aber verlangt wird, dass dieser hoch ist. Ausserdem ist die Tendenz festzustellen, nur bei genügend klarer Sach- und Rechtslage eine superprovisorische Verfügung zu erlassen⁶⁰. Dies führt dazu, dass trotz eines grundsätzlich anderen Vorgehens in der Entscheidungsfindung superprovisorische Verfügungen etwa im Rahmen der vorne erwähnten Fallgruppen erlassen werden und dass nicht der deutschen Praxis gefolgt wird.

Die eher zurückhaltende schweizerische Praxis steht im Einklang mit der der amerikanischen Gerichte, die im Erlass von "temporary restraining orders" ohne Anhörung der Gegenpartei ebenfalls Zurückhaltung üben, weil dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs mehr Bedeutung zugemessen wird als in Deutschland und der amerikanische Prozess stark auf den kontradiktorischen Parteibetrieb ausgerichtet ist, während der Erlass von Verfügungen ohne Anhörung des Antragsgegners, wie im folgenden Abschnitt noch zu zeigen ist, in gewissem Umfang die *Offizialmaxime* in das Verfahren einführt⁶¹.

Kasuistik zur schweizerischen Praxis

UWG

– Verbot von täuschender vergleichender Werbung

Eine Wochenzeitschrift veröffentlichte einen irreführenden Vergleich mit einer Tageszeitung bezüglich der Beachtung von Inseraten.

Beschluss des ER am BezG Zürich vom 14. Dezember 1976 (erwähnt in SJZ 75 [1979], S. 209).

– Verbot der Verteilung eines Katalogs, der eine Markenrechtsverletzung enthielt; Ablehnung des Verbots eines Werbeslogans "besonders preisgünstig" ohne Anhörung

Ein Möbelhändler gestaltete einen Katalog, in dem er für Matratzen warb, so, dass er dem Katalog eines Matratzenherstellers sehr ähnlich sah, und verwendete dabei auch noch eine ähnliche Marke für die Kennzeichnung seiner Matratzen. Der Slogan "besonders preisgünstig" konnte ohne Äusserung der Gegenpartei nicht beurteilt werden, da dafür die Preiswürdigkeit des betreffenden Produktes untersucht werden musste.

60 F. Hasenböhler, *Provisorische Verfügung*, S. 38; vgl. die in der Kasuistik erwähnten Entscheide; Gegenbeispiel: Verfügung des ER am BezG Winterthur vom 16. April 1981 (Mitteilungen 1981, S. 170).

61 C.H. Peterson, *Observations on provisional relief*, S. 268 f.; vgl. *Developments of the law – Injunctions*, S. 1059 ff.; J.D. Cornette, *Temporary restraining orders*, S. 98.

Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 18. April 1977 (Mitteilungen 1978, S. 49).

- Verbot des Vertriebs sklavisch nachgeahmter Waren (wurde im Widerspruchsverfahren aufgehoben)

Ein Unternehmer importierte Kochgeschirr, das äusserlich mit dem Kochgeschirr, das ein anderes Unternehmen in der Schweiz vertrieb, praktisch identisch war.

Verfügung des ER am BezG Winterthur vom 16. April 1981 (erwähnt in Mitteilungen 1981, S. 170).

- Ablehnung eines Vertriebsverbotes bei ähnlichen Turnschuhen wegen mangelnder Dringlichkeit, aber Zulassung einer Beweissicherungsmassnahme

Ein Händler liess seine Sportschuhe mit vier parallelen Streifen kennzeichnen, so dass sie einer bekannten Marke, welche drei parallele Streifen verwendet, sehr ähnlich sahen.

Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 18. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 174).

- Verbot der Arbeiterabwerbung (wurde nach der mündlichen Verhandlung eingeschränkt)

Ein Unternehmer warb planmässig Mitarbeiter eines Konkurrenten ab.

Verfügung des Zivilgerichtspräsidenten BS vom 27. April 1965 (erwähnt in Mitteilungen 1967, S. 140 = BJM 1965, S. 190 ff.).

- Verbot des Vertriebs verwechselbarer Waren (wurde im Widerspruchsverfahren aufgehoben)

Ein Händler vertrieb "Rubik"-Würfel, welche in Form, Farbe und Verpackung dem Original sehr ähnlich waren.

Verfügung des ER am BezG Zürich vom 11. Dezember 1980 (erwähnt in Mitteilungen 1982, S. 191).

- Verbot der Verbreitung einer Zeitschrift mit irreführendem Inhalt

Ein beratender Ingenieur verbreitete in seinem periodisch erscheinenden Mitteilungsblatt herabsetzende Äusserungen über Kalksandstein.

Verfügung des BezG Zürich vom 23. Februar 1966 (erwähnt in ZR 67 [1968] Nr. 41).

Kartellgesetz

– Verfügung einer Belieferungspflicht (Parfumerie)

Eine Parfumerie, die gewisse Rabatte gewährte, wurde von den 14 wichtigsten Marken nicht mehr beliefert.

Verfügung des ER am BezG Zürich vom 5. September 1968 (erwähnt in VKK 1969, S. 313 ff.).

– Verfügung einer Belieferungspflicht (Parfumerie)

Eine Parfumerie, die gewisse Rabatte gewährte, wurde von den 14 wichtigsten Marken nicht mehr beliefert.

Verfügung des ER am BezG Zürich vom 24. Juli 1969 (erwähnt in VKK 1969, S. 340 ff.).

IV. Die Besonderheiten des Erkenntnisverfahrens bei der superprovisorischen Verfügung

Die Dispositions- und die Verhandlungsmaxime⁶², die als Grundlagen des zivilprozessualen Verfahrens betrachtet werden müssen, basieren, wie auch die Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB, auf dem Modell des kontradiktorischen Prozesses zwischen zwei Parteien⁶³. Da es nun aber gerade Merkmal der superprovisorischen Verfügung ist, dass sie auf alleiniges Vorbringen der antragstellenden Partei hin in einem einseitigen Verfahren ergeht, lassen sich diese allgemeinen Verfahrensgrundsätze, die prinzipiell auch im Massnahmeverfahren gelten, nicht ohne weiteres auch auf das Verfahren zum Erlass von superprovisorischen Verfügungen anwenden. So ergibt es sich aus der fehlenden Verteidigungsmöglichkeit des Antragsgegners, dass, in Abweichung von der Verhandlungsmaxime⁶⁴, grundsätzlich alle tatsächlichen Behauptungen des Antragstellers als bestritten zu gelten haben⁶⁵. Aus demselben Grund muss der Richter zur Wahrung der Rechte des Antragsgegners auch im Sinne der Officialmaxime tätig werden; er muss alle Einreden und Einwendungen, die dem Antragsgegner zustehen, von Amts wegen vorbringen und damit dem Antragsteller die Pflicht auferlegen, ihre Nichtexistenz glaubhaft zu machen⁶⁶. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die kartellrechtlichen Rechtfertigungsgründe zu erwähnen, ohne deren Berücksichtigung kein Entscheid auf diesem Gebiet gefällt werden kann. Der Richter muss daher in jedem superprovisorischen Verfahren im

62 Zu diesen: M. Guldener, Zivilprozessrecht, S. 125 ff., 135 ff.

63 Vgl. A. Kur, Beweislast, S. 130 f.

64 M. Guldener, Zivilprozessrecht, S. 136.

65 W.L. Pastor, Schutzschrift, S. 230; ders., Wettbewerbsprozess, S. 309; H.-G. Borck, Kunstfehler, S. 275.

66 Vgl. A. Kur, Beweislast, S. 130.

Bereiche des Kartellrechts den Antragsteller dazu auffordern, deren Nichtexistenz glaubhaft zu machen⁶⁷. Ebenfalls von Amts wegen muss der Richter untersuchen, inwieweit der Antragsgegner durch die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme irreparabel geschädigt wird, da er diesen Schaden bei der vorne⁶⁸ beschriebenen Interessenabwägung berücksichtigen muss. Dabei kann er entweder aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung selbst eine Schätzung vornehmen oder aber dem Antragsteller auferlegen, glaubhaft zu machen, dass dem Antragsgegner nur ein geringer irreparabler Schaden entsteht.

Im weiteren muss er dem Antragsteller auch von Amts wegen eine Kautions auferlegen, wenn er festgestellt hat, dass dem Antragsgegner ein Schaden entstehen kann⁶⁹. Die Kautionsauflage von Amts wegen ist natürlich keine Besonderheit der superprovisorischen Massnahme mehr, wenn die vorsorgliche Massnahme mit Kautionsauflage bloss als inhaltliches Minus zur vorsorglichen Massnahme ohne Kautionsauflage betrachtet wird, da die Festlegung des Inhaltes ja grundsätzlich im Ermessen des Richters liegt (*I. Meier*, Grundlagen, S. 244 f.).

V. Die Schutzschrift

A. Die Schutzschrift als Entwicklung der deutschen Praxis

Wie vorne dargestellt⁷⁰, wird in der deutschen Praxis die Mehrzahl aller einstweiligen Verfügungen im Bereich des Wettbewerbsrechts als Beschlussverfügungen im Sinne von § 937 DZPO erlassen. Da derartige Verfügungen wegen des ihnen eigenen Überraschungseffekts für das Marketing des Antragsgegners oft drastische Folgen haben⁷¹, drängt es sich für den Antragsgegner auf, Schritte zu unternehmen, um ihren Erlass zu verhindern⁷². Aus diesem Bestreben heraus entwickelte die Praxis das Institut der vorsorglich beim Gericht deponierten Schutzschrift: Ein Wettbewerber, der aufgrund einer vorhergehenden Verwarnung oder wegen seines eigenen Verhaltens den Erlass einer einstweiligen Verfügung im Beschlussverfahren befürchten muss, hinterlegt, ohne ein Verfahren abzuwarten, bei den Gerichten, deren örtliche Zuständigkeit gegeben sein könnte, eine Rechtsschrift. In dieser Rechtsschrift fordert er die betreffenden Gerichte unter Hinweis auf die unklare Rechts- oder Sachlage dazu auf, eine allfällige einstweilige Verfügung nicht im Beschlussverfahren zu erlassen. Neben dieser Anregung zum Verfahren werden in

67 Vgl. auch die vorne S. 141 erwähnte Möglichkeit, bei kurzfristigen Wettbewerbshandlungen eine kurze Stellungnahme des Antragsgegners anzufordern.

68 Dazu: S. 139.

69 Vgl. Entscheid des ER am BezG Winterthur vom 16. April 1981 (erwähnt in: Mitteilungen 1981, S. 170 ff.): F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 42; a.M. bernische Praxis: J. Müller, Einstweilige Verfügung, S. 37, mit kritischer Anmerkung.

70 S. 144.

71 Vgl. S. 138.

72 W.L. Pastor, Schutzschrift, S. 229.

der Schutzschrift auch rechtliche und sachverhaltsbezogene Ausführungen gemacht, die dazu dienen sollen, den Verfügungsanspruch der Gegenpartei an und für sich zu bestreiten⁷³.

Während die Schutzschrift als Anregung zum Verfahren anfänglich nur dazu diente, die Beschlussverfügung im Sinne von § 937 DZPO zu verhindern, um das ordentliche Verfügungsverfahren einzuleiten⁷⁴, hat sie heute in der Praxis eine erweiterte Funktion. Sie wird vom Gericht vor Erlass der Beschlussverfügung vor allem in ihren materiellrechtlichen und sachverhaltsbezogenen Erwägungen berücksichtigt, die dem Antragsteller entgegengehalten werden, wenn dieser versucht, seinen Verfügungsanspruch glaubhaft zu machen⁷⁵. Auf diese Weise kann dem Antragsgegner beim Erlass einer einstweiligen Verfügung im Beschlussverfahren das vorgängige rechtliche Gehör wenigstens zum Teil gewährt werden⁷⁶.

Die Schutzschrift hat sich heute in der Praxis als Verteidigungsmittel in Wettbewerbsachen stark eingebürgert; gemäss den Angaben von M. Engelschall gingen beim Hamburger LG im Jahre 1974 bei insgesamt 394 Verfügungsanträgen 54 Schutzschriften ein, die praktisch alle wichtigen Verfügungen abdeckten⁷⁷.

B. Kann auch in der Schweiz eine Schutzschrift deponiert werden?

1. Die Beachtungspflicht

Aus Art. 4 BV wird u.a. der Anspruch auf vorgängiges rechtliches Gehör im Zivilprozess abgeleitet⁷⁸. Der Verzicht auf die vorgängige Anhörung des Antragsgegners bei der superprovisorischen Verfügung stellt grundsätzlich einen Eingriff in dieses verfassungsmässige Recht dar, wobei dieser allerdings mit dem überwiegenden Interesse des Antragstellers an raschem Rechtsschutz gerechtfertigt werden kann⁷⁹. Wenn die Äusserung des Antragstellers aber bereits bei Verfahrensbeginn in Form einer Schutzschrift vorliegt, so kann der Verzicht auf ihre Berücksichtigung im Verfahren nicht mehr auf diese Weise gerechtfertigt werden, weil das Lesen der

73 Zum Begriff: W.L. Pastor, Schutzschrift, S. 230 (mit Einschränkungen, vgl. FN 65); O. Teplitzky, Verteidigungsmittel, S. 1667 f.

74 W.L. Pastor, Schutzschrift, S. 230 ff., vor allem 234 f.; ders., Wettbewerbsprozess, S. 112/117, will sie rein auf diese Funktion beschränken, da er von der prinzipiellen Einseitigkeit des Beschlussverfahrens ausgeht und daraus auf ein Äusserungsverbot schliesst; vgl. dagegen O. Teplitzky, Schutzschrift, S. 373; R. Klaka, Praxis, S. 593; Stein/Jonas/Grunsky, N. 9 zu § 920 DZPO; O. Teplitzky, Verteidigungsmittel, S. 1667 f.

75 R. Klaka, Praxis, S. 595; O. Teplitzky, Schutzschrift, S. 230.

76 O. Teplitzky, Verteidigungsmittel, S. 1667.

77 Mitteilungen von M. Engelschall an K. Piehler, in: K. Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 300; vgl. R. Klaka, Praxis, S. 595.

78 H.U. Walder-Bohner, Zivilprozess, S. 243 ff.; Sträuli/Messmer, zu § 56 ZPO.

79 BGE 88 I 109.

Schutzschrift das Verfahren nur unwesentlich verzögert⁸⁰. Damit würde ein derartiger Verzicht eine ungerechtfertigte Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör darstellen. Daher kann also aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 4 BV die Pflicht des Richters abgeleitet werden, ihm allfällig vorliegende Schutzschriften zur Kenntnis zu nehmen und beim Entscheid zu berücksichtigen⁸¹.

Nun ist aber noch abzuklären, ob Art. 9 Abs. III UWG gegen eine Beachtungspflicht spricht, denn gemäss Art. 113 Abs. III BV hat eine bundesgesetzliche Norm, die der Verfassung widerspricht, d.h. nicht verfassungskonform interpretiert werden kann, gegenüber der Verfassungsbestimmung, der sie widerspricht, den Vorrang und wird von dieser nicht derogiert⁸². Art. 9 Abs. III UWG ist aber nicht derart formuliert, dass Äusserungen des Antragstellers kategorisch ausgeschlossen werden, sondern geht im Gegenteil von der Pflicht zur vorgängigen Anhörung aus und schliesst diese nur insoweit aus, als dies wegen des dringenden Rechtsschutzbedürfnisses des Antragstellers notwendig ist. Seiner verfassungskonformen Interpretation im Sinne der Zulassung von Schutzschriften steht daher nichts im Wege.

2. Die Pflicht zur Entgegennahme und Aufbewahrung

Neben der Frage der Beachtung der Schutzschrift muss auch noch abgeklärt werden, ob die Gerichte dazu verpflichtet sind, eine Schutzschrift entgegenzunehmen und sie dann bis zu dem Zeitpunkt aufzubewahren, in dem eine superprovisorische Verfügung beantragt wird. An sich nehmen die Gerichte vor Einleitung eines Verfahrens keine Rechtsschriften entgegen. Im Falle der Schutzschrift ergibt sich aber eine Pflicht zur Entgegennahme vor dem Verfahren aus dem nach Art. 4 BV gegebenen Anspruch auf rechtliches Gehör⁸³: Der Antragsgegner kann diesen Anspruch nicht anders als durch die vorherige Einreichung seiner Schutzschrift wahren; eine Einreichung erst nach dem Verfahrensbeginn wäre wegen der Geschwindigkeit des Verfahrens verspätet und könnte den Erlass der superprovisorischen Verfügung nicht mehr beeinflussen. Damit würde eine Annahmeverweigerung zur Vereitelung des Anspruchs auf das rechtliche Gehör führen und diesen Anspruch selbst verletzen. Dabei muss eine einmal eingereichte Schutzschrift so lange aufbewahrt werden, wie noch ein Begehren auf Erlass einer superprovisorischen Massnahme mit Erfolg gestellt werden kann. Die Pflicht zur Aufbewahrung endet damit mit dem Zeitpunkt, an dem der Erlass einer superprovisorischen Verfügung wegen Zeitablaufs ausgeschlossen ist⁸⁴, also spätestens nach ein bis zwei Monaten.

80 O. Teplitzky, Schutzschrift, S. 373; ders., Verteidigungsmittel, S. 1667; a.M. W.L. Pastor, Schutzschrift, S. 234 (Einschränkung auf Fragen des Verfahrens, vgl. FN 74).

81 Vgl. O. Teplitzky, Schutzschrift, S. 373; ders., Verteidigungsmittel, S. 1667; a.M. Verfügung des HG Zürich vom 3. Oktober 1983, ZR 82 (1983) Nr. 121.

82 Y. Hangartner, Staatsrecht I, S. 197 f.

83 A.M. Verfügung des HG Zürich vom 3. Oktober 1983, ZR 82 (1983) Nr. 121.

84 Dazu S. 140.

Allerdings kann die Annahme einer Schutzschrift abgelehnt werden, wenn von vornherein ausgeschlossen ist, dass ein Massnahmeverfahren über den beschriebenen Sachverhalt vor dem betreffenden Gericht beantragt wird. Dies trifft aber nur dann zu, wenn ein Gericht örtlich oder sachlich für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen, die den in der Schutzschrift erwähnten Sachverhalt betreffen, unzuständig ist.

Zusammenfassend muss also festgestellt werden, dass die Gerichte Schutzschriften entgegennehmen und auch aufbewahren müssen, wenn sie für den Erlass der vorsorglichen Massnahmen, auf die sie sich beziehen, zuständig sind.

3. Praktische Hinweise

Eine Schutzschrift zu hinterlegen, empfiehlt sich immer dann, wenn ein Wettbewerber oder ein Kartell wegen einer bestimmten Wettbewerbshandlung verwarnt wurde oder eine Wettbewerbshandlung vornimmt, bei der ein Konkurrent schwer geschädigt wird und deswegen mit einer gerichtlichen Reaktion zu rechnen ist⁸⁵. So ist es z.B. angezeigt, bei der Einführung lauterkeitsrechtlich "kritischer" Wettbewerbshandlungen, wie vergleichender Werbung, Kritik an Mitkonkurrenten, Vertrieb imitierter Produkte oder auch bei der Verwendung verwechselbarer Bezeichnungen oder Ausstattungen, vorsorglich eine Schutzschrift zu hinterlegen. Dasselbe gilt auch für Kartelle oder kartellähnliche Organisationen, die sich mit einer Vorkehr oder Massregel gegen einen Wettbewerber wenden. Diese Vorsichtsmassnahme wird regelmässig keinen grossen Mehraufwand bedingen, da bei der Vorbereitung derartiger Wettbewerbshandlungen meist schon abgeklärt wird, ob sie rechtmässig sind oder nicht.

Im Gegensatz zu Deutschland⁸⁶ bereitet die Frage, wo eine Schutzschrift hinterlegt werden muss, keine Probleme, da aufgrund der Gerichtsstandsbestimmungen von UWG und KG meist nur ein einziges Gericht in Frage kommt.

Bei der Abfassung einer Schutzschrift muss darauf geachtet werden, sie ihrem Gegenstand nach derart genau zu bezeichnen, dass sie vom Gericht auch mit einem allfälligen Massnahmeantrag in Verbindung gebracht werden kann⁸⁷.

85 Vgl. W.L. Pastor, Schutzschrift, S. 231 f.

86 Dazu W.L. Pastor, Schutzschrift, S. 236.

87 Zur Abfassung: W.L. Pastor, Schutzschrift, S. 235 f., der allerdings davon ausgeht, dass materiellrechtliche Erwägungen in der Schutzschrift ausgeschlossen sind (vgl. dazu FN 74).

§ 7 Die Haftung des Antragstellers für materiell unrichtige vorsorgliche Massnahmen

I. Die Voraussetzungen der Haftung nach Art. 12 Abs. II UWG

A. Kein Obsiegen des Antragstellers im ordentlichen Verfahren

Eine Haftung des Antragstellers kann nur gegeben sein, wenn er im nachfolgenden ordentlichen Verfahren nicht obsiegt¹, denn gemäss Art. 12 Abs. II UWG ist Voraussetzung einer Haftung, dass der Antragsteller im ordentlichen Verfahren unterlegen² ist oder aber seine Klage zurückgezogen oder nicht rechtzeitig erhoben hat. Bei der letzten der oben erwähnten Voraussetzungen ist also ein Schadenersatzanspruch möglich, obwohl das Nichtbestehen des materiellen Anspruchs nie rechtskräftig festgestellt wurde³. Die Rechtzeitigkeit der Klageerhebung bezieht sich dabei auf die vom Richter gemäss Art. 12 Abs. I UWG angesetzte Klagefrist und nicht auf die einjährige Frist von Art. 7 UWG⁴. Daher kann es vorkommen, dass die Schadenersatzklage wegen unberechtigter vorsorglicher Massnahme zu einem Zeitpunkt angehoben wird, in dem der ehemalige Antragsteller den Anspruch, den er im Massnahmeverfahren als Verfügungsanspruch vorbrachte, immer noch im ordentlichen Verfahren geltend machen kann oder bereits geltend gemacht hat⁵. In einem derartigen Fall sollte der Richter, der für die Beurteilung der Schadenersatzklage zuständig ist, das Verfahren aber bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Verfügungsanspruch aussetzen, weil das Bestehen des Anspruchs ein Reduktionsgrund ist⁶.

Gemäss Art. 12 Abs. II UWG ist nicht bei jeder ungerechtfertigten Massnahme ein Schadenersatzanspruch gegeben; war die vorgängig erlassene vorsorgliche Massnahme nur wegen mangelnder Dringlichkeit ungerechtfertigt, materiell aber richtig, so ist ein Schadenersatz ausgeschlossen, wenn der Antragsteller im nachfolgenden

1 Botschaft UWG 1942, S. 708.

2 Der Schadenersatzanspruch ist auch gegeben, wenn die vorsorgliche Massnahme noch vor dem ordentlichen Prozess aufgehoben wurde, beispielsweise wenn eine superprovisorische Verfügung im Einspruchverfahren aufgehoben wird. Würde in diesen Fällen der Schadenersatzanspruch nicht zugelassen, so wäre dem Antragsgegner der Schadenersatz ganz verschlossen, da bei einer solchen Ablehnung keine Frist nach Art. 2 Abs. I UWG angesetzt wird; vgl. Entscheid des ER am BezG Winterthur vom 12. Mai 1981 (Mitteilungen 1981, S. 170 ff.); Entscheid des ER am BezG Zürich vom 7. November 1981 (erwähnt in: Mitteilungen 1982, S. 192).

3 A. Troller, Immaterialgüterrecht, S. 1211; kritisch: I. Meier, Grundlagen, S. 259. Immerhin kann in diesen Fällen der Reduktionsgrund des vorhandenen Anspruchs geltend gemacht werden, dazu S. 245 ff.; anders: Entwurf Persönlichkeitsschutz, Art. 28 f. Abs. I (Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 671): Das Nichtbestehen des Anspruchs ist Voraussetzung einer Haftung.

4 Botschaft UWG 1942, S. 708.

5 Dieser letztere Fall kann eintreten, wenn der Antragsteller die Klagefrist nur um wenige Tage verfehlt hat. Vgl. dazu F. Baur, Studien, S. 103, zur gleichen Situation in Deutschland.

6 Dazu S. 163 f.

ordentlichen Verfahren obsiegt. Die deutsche Zivilprozessordnung sieht dagegen in § 945 Abs. II DZPO⁷ für jede von Anfang an ungerechtfertigte einstweilige Verfügung eine Schadenersatzpflicht vor, also auch dann, wenn zwar ein Verfügungsanspruch, aber kein Verfügungsgrund vorhanden war⁸. Es empfiehlt sich jedoch nicht, diese Lehre in das schweizerische UWG zu übernehmen; sie mag zwar für den Arrest sachlich durchaus gerechtfertigt sein⁹, führt aber bei einer Unterlassungsverfügung, wie sie in Wettbewerbssachen typisch ist, zu unsinnigen Ergebnissen: Bei ihrer Anwendung könnte ein Schadenersatz für das Unterlassen einer Tätigkeit gefordert werden, die gemäss rechtskräftigem Urteil rechtswidrig ist¹⁰. Ausserdem würden dadurch Personen, die durch eine vorsorgliche Massnahme zur Einstellung einer rechtswidrigen Tätigkeit gezwungen werden müssen, bessergestellt als die Rechtssubjekte, die von sich aus nicht rechtswidrig handeln. Aus diesen Gründen ist es sachlich richtig, dass die Schadenersatzklage für formell zwar unrichtige, materiell aber richtige vorsorgliche Massnahmen im UWG nicht vorgesehen ist¹¹.

Ein Schadenersatzanspruch besteht dagegen, wenn der Antragsteller im ordentlichen Verfahren zwar obsiegt, die vorsorgliche Massnahme jedoch weiter ging als dieses Urteil¹², denn in diesem Fall wurde die Klage in bezug auf einen Teil des bei der vorsorglichen Massnahme geltend gemachten Anspruchs abgelehnt. Dabei kann allerdings nur für den Bruchteil des Schadens, der durch den überschüssenden Teil der vorsorglichen Massnahme verursacht wurde, ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden¹³. Eine derartige Haftung für überschüssende vorsorgliche Massnahmen wird jedoch von A. Troller mit der Begründung verneint, dass der Richter die Unangemessenheit hätte erkennen sollen und deshalb der Antragsteller für derartige Verfügungen nicht zur Verantwortung gezogen werden könne¹⁴. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, da der Antragsteller durch die Formulierung des Antrags bestimmen kann, wie weit die Massnahme gehen soll¹⁵.

7 Vgl. § 332 BE ZPO.

8 Stein/Jonas/Grunsky, N. 20 zu § 945 DZPO; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, 2A zu § 945 DZPO; vor allem W. Grunsky, Grundlagen, S. 285 (als einhellige Meinung bezeichnet); F. Baur, Studien, S. 104.

9 Vgl. F. Baur, Studien, S. 104; der Arrest ist im Verhältnis zur Erfüllung ein aliud und kann daher Schäden verursachen, die bei vorzeitiger Erfüllung nicht eintreten würden.

10 Vgl. F. Baur, Studien, S. 109 f., der aus der fehlenden Aufopferung argumentiert; W.L. Pastor bei Reimer, S. 279. Dieselben Überlegungen gelten auch, wenn für einen tatsächlich bestehenden Anspruch eine vorsorgliche Massnahme erlassen wurde, ohne dass er im Verfahren ausreichend glaubhaft gemacht wurde und deshalb der Erlass ungerechtfertigt war. Dazu Stein/Jonas/Grunsky, N. 22 zu § 945 DZPO.

11 In Deutschland wird der oben erwähnten Konsequenz oft damit begegnet, dass der Schaden verneint wird; der Antragsgegner erleidet keinen Schaden durch die Unterlassung, da er ohnehin unterlassen musste. Baumbach/Hefermehl, N. 53 zu § 25 DZPO; Urteil des BGH vom 28. November 1979 (WRP 1981, S. 269 f.).

12 Beispiel einer überschüssenden Massnahme: Urteil des Appellationsgerichtsausschusses BS vom 27. April 1965 (Mitteilungen 1967, S. 140); die superprovisorische Verfügung ging weiter als die vorsorgliche Massnahme.

13 Vgl. Urteil des BGH vom 28. November 1979 (WRP 1981, S. 269 f.).

14 A. Troller, Schadenersatzanspruch, S. 23; ders., Immaterialgüterrecht, S. 1210 f.

15 Auch bei der vorsorglichen Massnahme ist der Richter nach richtiger Ansicht inhaltlich an den Antrag des Antragstellers im Sinne der Dispositionsmaxime gebunden. I. Meier,

Eine Schadenersatzklage ist hingegen immer dann ausgeschlossen, wenn es zwar nie zu einem ordentlichen Verfahren kam, die Parteien ihren Rechtsstreit jedoch durch einen aussergerichtlichen Vergleich beendet haben, in dem der Antragsgegner den Anspruch des Antragstellers anerkannt hat. Dies trifft auch dann zu, wenn der Antragsgegner in einem derartigen Vergleich nicht ausdrücklich auf den Schadenersatzanspruch nach Art. 12 Abs. II UWG verzichtet hat, da die Klageerhebung unter diesen Umständen Treu und Glauben verletzen würde.

B. Schaden

Der Schadenersatzanspruch nach Art. 12 Abs. II UWG setzt, wie jeder Schadenersatzanspruch, die Existenz eines Schadens voraus¹⁶, wobei dieser in der Vermögensverminderung besteht, die wegen der Anordnung der vorsorglichen Massnahme eingetreten ist¹⁷. Massgebend für deren Berechnung ist dabei der Unterschied zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand nach dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme und dem hypothetischen, der ohne Erlass einer solchen eingetreten wäre.

Im folgenden sollen nun die bei vorsorglichen Massnahmen in Wettbewerbsachen typischen Schadensposten und deren Problematik dargestellt werden:

1. Verfahrenskosten

Die Gerichtskosten des Massnahmeverfahrens, die Parteientschädigung und die eigenen Kosten, die der Antragsgegner als unterlegene Partei tragen musste, kann dieser als Schaden geltend machen, weil sie wegen des für ihn negativen Massnahmeentscheides auf ihn abgewälzt wurden und daher eine direkte Folge des Massnahmeerlasses darstellen¹⁸. Dies gilt natürlich nur dann, wenn nicht schon im ordentlichen Prozess ein einheitlicher Kostenentscheid, der auch die vorsorgliche Massnahme umfasste, gefällt wurde¹⁹.

Grundlagen, S. 301 f.; H.P. Ming, Vorsorgliche Massnahme, S. 26 f.; a.M. O. Vogel, Probleme, S. 98 f.; Sträuli/Messmer, N. 12 zu § 110 ZPO.

16 Vgl. Urteil des HG SG vom 25. November 1959 (Mitteilungen 1962, S. 138 f.) (PatG).

17 Zum Schadensbegriff K. Oftinger, Haftpflichtrecht, S. 53 ff.

18 Art. 12 Abs. II UWG erfasst einen weiteren Kreis von Schäden als § 945 DZPO; alle durch den Erlass und nicht nur die durch den Vollzug verursachten Schäden können geltend gemacht werden; vgl. zu § 945 DZPO: Stein/Jonas/Grunsky, N. 6 zu § 945 DZPO; W.L. Pastor bei Reimer, S. 288; H.-G. Borck, Vollziehung von Unterlassungsverfügungen, S. 556; Baumbach/Hefermehl, N. 53 zu § 25 DUWG; daher können in Deutschland die Kosten, die allein durch die Anordnung entstehen, nicht über § 945 DZPO liquidiert werden; vgl. Urteil des LG Berlin vom 21. Juni 1977 (WRP 1977, S. 742).

19 Vgl. die Zürcher Praxis, die dem Antragsteller die Kosten einstweilig bis zum Kostenentscheid im ordentlichen Prozess auferlegt.

2. Schaden durch Unterlassung

Bei Unterlassungsverfügungen entsteht dem Antragsgegner ein Schaden, weil er eine meist profitable Tätigkeit auf richterlichen Befehl unterlassen muss. Dies ist gegenüber den eben erwähnten Verfahrenskosten der weitaus gewichtigere, aber auch wesentlich problematischere Schadensposten²⁰. Er setzt sich einerseits aus nutzlosem Aufwand²¹, andererseits aus entgangenem Geschäftserfolg zusammen²². Während die Höhe des nutzlosen Aufwands mittels Kostenrechnung leicht nachgewiesen werden kann, sind Existenz und Höhe der Einbusse an Geschäftserfolg, die sich entweder in einer Ertragsschnälerung oder im Ausbleiben einer Ertragssteigerung äussert, nur sehr schwer nachzuweisen²³. Diese Beweisschwierigkeiten sind darauf zurückzuführen, dass derartige Veränderungen des Betriebsergebnisses in einer Wettbewerbswirtschaft von sehr vielen Einzelfaktoren, wie beispielsweise dem Konjunkturverlauf, der rechtmässigen Tätigkeit der Konkurrenz²⁴ oder dem Käuferverhalten, verursacht werden und die betreffende vorsorgliche Massnahme unter diesen Faktoren nur ein einzelner ist²⁵, dessen Auswirkungen auf das betriebswirtschaftliche Gesamtergebnis nicht exakt berechnet werden können. Meist kann nun zwar aufgrund der allgemeinen Geschäftserfahrung gesagt werden, dass die betreffende Unterlassung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine Erfolgeinbusse bewirkt hat; kaum je kann jedoch bewiesen werden, dass eine solche im konkreten Fall wirklich eingetreten ist und wie gross sie war²⁶. Bei Wettbewerbshandlungen, die nach Aufhebung der Verfügung nachgeholt werden können, lässt sich manchmal allerdings aufgrund des Erfolges, der dann erzielt wird, auf den entgangenen Gewinn während der Verbotsdauer schliessen. Diese Methode versagt jedoch, wenn sich die übrigen erfolgsrelevanten Faktoren geändert haben oder wenn es sich um eine zeitgebundene, d.h. nicht wiederholbare Wettbewerbshandlung handelt. Besonders schwierig ist die Lage dann, wenn ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation eine an sich gerechtfertigte Vorkehrung unterlassen musste; es ist kaum festzustellen, welchen positiven Effekt die zwangsweise unter-

20 Vgl. F. Baur, Arrest, S. 607.

21 Z.B. Werbematerial, das nicht verwendet werden konnte, Aufwand für Marketingplanung und -vorbereitung, Kosten von Produkten, die während des Vertriebsverbots unverkäuflich wurden; vgl. H.-G. Borck, Vollziehung von Unterlassungsverfügungen, S. 559.

22 Vgl. W.L. Pastor bei Reimer, S. 287 f.; zu den Kosten gehören auch die Aufwendungen, die der Antragsgegner hatte, um sich der vorsorglichen Massnahme anzupassen, wie etwa die Kosten für die Abänderung des Werbekonzepts; H.-G. Borck, Vollziehung von Unterlassungsverfügungen, S. 559.

23 D. Leipold, Grundlagen, S. 132; vgl. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 986; vgl. BGE 105 II 143; Treble Damage, S. 1572.

24 Schädigung durch diese ist wettbewerbsimmanent, vgl. Botschaft UWG 1942, S. 688.

25 Vgl. zu diesen Faktoren BGE 98 II 34 ff., wo es um die Minderung des Geschäftserfolges wegen einer Körperverletzung geht.

26 Der Schadenersatz des Antraggegners aus Art. 12 Abs. II UWG ist in diesem Sinne genauso problematisch wie der des Antragstellers aus Art. 2 Abs. I lit. d UWG; vgl. D. Leipold, Grundlagen, S. 132; W.L. Pastor, Wettbewerbsrecht, S. 1004, führt dazu aus: Dass ein Schaden entsteht, ist so gut wie sicher; ihn zu beziffern ist jedoch schon sehr schwer; ihn zu beweisen dagegen so gut wie unmöglich. A.M.: H.-G. Borck, Befriedigungsverbot, S. 244.

lassene Vorgehr auf das Kartell oder die kartellähnliche Organisation gehabt hätte, da der mit einer Vorgehr zu erzielende Vorteil zu einem grossen Teil von der Reaktion des Betroffenen selbst abhängt²⁷.

In diesem Zusammenhang ist die in der schweizerischen Praxis aufgetauchte Ansicht zu betrachten, dass bei der Untersagung einer Liefersperre von vornherein kein Schaden entstehen könne, weil der Umsatz und damit auch der Gewinn durch die Lieferung steigen würden²⁸. Diese Ansicht ist m.E. abzulehnen, denn durch die Störungen, die der Belieferte auf dem Markt verursacht, wird die gesamte Marktordnung des Kartells oder der kartellähnlichen Organisation in Mitleidenchaft gezogen, was einen erheblichen, aber allerdings kaum nachweisbaren Schaden verursacht²⁹, der die Umsatzsteigerung normalerweise bei weitem übertrifft.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass es sich bei Unterlassungsverfügungen zwar meist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit sagen lässt, dass dem Antragsgegner ein Schaden entstanden ist, weil er eine typischerweise erfolgssteigernde Handlung unterlassen musste, dass es dagegen meist unmöglich ist, dessen Höhe exakt festzustellen und zu beweisen.

Falls der Kläger bei seiner Schadenersatzklage wegen dieser Beweisschwierigkeiten in Beweisnot kommt, muss der Richter den Schadenersatzanspruch jedoch nicht abweisen. Gemäss dem in Art. 8 UWG enthaltenen Verweis auf den allgemeinen Teil des Obligationenrechts kann er nach Art. 42 Abs. II OR bei Unterlassungen, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge einen Schaden hervorrufen, den Eintritt eines Schadens annehmen³⁰ und dessen Höhe durch eine Schätzung bestimmen^{31,32}. Dabei muss der Kläger allerdings alles ihm Zumutbare unternehmen, um die für eine Schätzung notwendigen Grundlagen beizubringen³³. Bei der Beschaffung und Darlegung dieser Schätzungsgrundlagen hat der Kläger gerade in Wettbewerbssachen höchste Sorgfalt walten zu lassen³⁴, da der Richter oft mit den bei einer solchen Schätzung auftretenden betriebswirtschaftlichen Problemen nicht vertraut ist.

27 Vgl. BGE 99 II 233: Die vom Lieferboykott betroffene Firma bezog die betreffenden Produkte vollumfänglich durch Querlieferungen.

28 Entscheid des Appellationshofs des Kt. BE vom 24. Oktober 1977 (VKK 1978, S. 55 f.).

29 Vgl. BGE 108 II 232.

30 K. Otfinger, Haftpflichtrecht I, S. 176; zur Möglichkeit, hier die allgemeine Lebenserfahrung im Sinne eines prima-facie-Beweises zu verwerten: E. Schneider, Beweis, S. 80 ff.; vgl. BGE 82 II 346 Erw. 5.

31 K. Otfinger, Haftpflichtrecht I, S. 175 ff.; vgl. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 986; E. Schneider, Beweis, S. 56 ff.; Urteil des HG SG vom 30. Juni 1975 (Mitteilungen 1976, S. 218 ff.); vgl. auch BGE vom 18. Mai 1976 (Mitteilungen 1976, S. 227 ff.); vgl. auch Tribunale d'Appello del Ticino vom 12. Juli 1976 (Rep. 111 [1978], S. 126 f.): Abschätzung anhand der Umsatzeinbusse unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge.

32 Diese Schätzung nach Art. 42 Abs. II OR führt aufgrund der mit ihr verbundenen Unsicherheit und der zurückhaltenden Praxis der schweizerischen Gerichte normalerweise aber nicht zu einer echten Schadensdeckung.

33 Vgl. BGE 98 II 38 f.; vgl. Tribunale d'Appello del Ticino, 19. November 1974 (Rep. 107 [1974], S. 330 ff.) (hohe Anforderungen); K. Otfinger, Haftpflichtrecht I, S. 177.

34 Dies gilt vor allem in der letzten kantonalen Instanz, denn das BGE kann auf eine Berufung hin im Sinne der Rechtskontrolle nur eine Ermessensüberschreitung oder -unterschreitung korrigieren: BGE 79 II 382; BGE vom 18. Mai 1976 (Mitteilungen 1976, S. 227 ff.).

Daher empfiehlt es sich, bei höheren Beträgen neben den Geschäftsunterlagen, aus denen Umsatzentwicklung und Verkaufsmenge ersichtlich sind, auch noch Gutachten über die Marktposition des Klägers und deren Veränderung durch die vorsorgliche Massnahme einzureichen³⁵. Letzteres scheint vor allem dann unbedingt notwendig zu sein, wenn es um einen Schadenersatz wegen vermindertem oder weggefallenem Umsatzzuwachs geht, wie dies z.B. beim Verbot von verkaufsfördernden Werbemassnahmen der Fall sein kann. Bei all diesen Grundlagen bleibt dem Richter aber dennoch ein erklecklicher Ermessensspielraum, den er eher zugunsten des Klägers als zugunsten des Beklagten ausüben sollte. Das deutsche Reichsgericht hat in diesem Zusammenhang den Grundsatz formuliert, dass es dem Gesetzgeber billiger erscheint, unter der Misslichkeit des Schadensnachweises den Schädiger und nicht den Verletzten leiden zu lassen³⁶.

Trotz der Möglichkeit, den Schadensbetrag durch Schätzung zu ermitteln, gibt es gerade im kartellrechtlichen Bereich Fälle, in denen ein Schadenersatz ausgeschlossen ist, weil der Antragsgegner keinen Schaden erlitten hat, wohl aber ein Dritter³⁷. Ist ein Kartell als eigene juristische Person, beispielsweise als Verein, organisiert, so schädigt eine Schwächung der Marktordnung durch eine vorsorgliche Massnahme, die über längere Zeit einen Boykottaufruf untersagt, nicht in erster Linie das Kartell selbst, sondern seine Mitglieder. Diese können den erlittenen Schaden jedoch nicht über Art. 12 Abs. II UWG liquidieren, da sie beim Erlass der vorsorglichen Massnahme nicht Partei waren³⁸.

3. Schaden durch Beseitigung (ohne Berichtigung)

Die Kosten für die Beseitigung der von der Verfügung betroffenen Werbeträger stellen nur einen Teil des bei einer Beseitigungsverfügung entstehenden Schadens dar. Der Hauptteil des Schadens besteht, wie bei der Unterlassungsverfügung, in der Einbusse an Geschäftserfolg, die dadurch entsteht, dass die erfolgsvermehrende

35 Vgl. zum Ungenügen der Geschäftsbuchhaltung allein: BGE 98 II 39 (allerdings Betriebsstörung wegen Körperverletzung).

36 RGSt. 60, S. 13 f.; vgl. auch die amerikanische Praxis, die das Prinzip kennt, dass der Täter das Risiko der Unsicherheit bei der Feststellung des von ihm verursachten Schadens tragen müsse; dazu Treble Damage, S. 1572; vgl. Bigelow v. RKO Radio Pictures Inc., 327 US 251, 265 (1946).

37 Vgl. dagegen das amerikanische Recht; das Recht einiger Gliedstaaten sieht vor, dass auch evtl. geschädigte Dritte Schadenersatzansprüche haben; D.B. Dobbs, Should security be required as a pre-condition, S. 1144 f.

38 Vgl. zu Art. 273 SchKG: B. Kleiner, Arrestrecht, S. 223, und BGE 67 III 92 ff.; die Kartellmitglieder können auch keinen Schadenersatz nach OR 41 geltend machen, denn das Erwirken einer vorsorglichen Massnahme ist ihnen gegenüber nicht rechtswidrig, da es sich um eine klassische Drittschadenssituation handelt (anders die Situation des Dritten, dessen Vermögenswert verarrestiert wurde, BGE 67 III 92 ff.); vgl. zum Ausschluss des Schadenersatzanspruches von Dritten und zum Postulat der Drittschadensliquidation in diesem Fall Stein/Jonas/Grunsky, N. 12 f. zu § 945 DZPO.

Wirkung der betreffenden Werbeträger ausbleibt³⁹. Diese Schädigung ist aber, wie die durch eine Unterlassungsverfügung verursachte Erfolgseinbusse, nicht genau messbar, weil der Wegfall einer Werbewirkung als einzelner erfolgsrelevanter Faktor betragsmässig nicht genau aus dem betrieblichen Gesamtergebnis ausgeschieden werden kann⁴⁰. Daher muss der Richter auch bei derartigen Schäden von seiner Befugnis nach Art. 42 Abs. II OR Gebrauch machen und die Existenz eines Schadens annehmen und dessen Höhe abschätzen, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden muss, dass ein Schaden eingetreten ist⁴¹.

4. Schaden durch Widerruf, Gegendarstellung und Verfügungsveröffentlichung

Neben den Kosten für die Veröffentlichung verursachen derartige Anordnungen noch weitere Schadensposten; einerseits wird die erfolgssteigernde Wirkung der ursprünglichen Äusserung für die Zukunft neutralisiert, andererseits die Glaubwürdigkeit des Betroffenen stark erschüttert, was ebenfalls zu einer Einbusse an Geschäftserfolg führt⁴². Diese Schäden können nun aus den gleichen Gründen wie die durch Unterlassungsverfügungen entstandenen nicht genau bewiesen werden; daher muss der Richter auch in diesem Bereich nach Art. 42 Abs. I OR vorgehen.

C. Kausalzusammenhang

Zwischen dem Schaden und der vorsorglichen Massnahme muss ein adäquater Kausalzusammenhang in dem Sinne bestehen⁴³, dass die konkret angeordnete vorsorgliche Massnahme nach allgemeiner Lebenserfahrung und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge dazu geeignet ist, einen Schaden von der Art des eingetretenen herbeizuführen⁴⁴. Der Beweis des adäquaten Kausalzusammenhangs ist aber äusserst schwierig, da, wie eben gezeigt, der Eintritt des Schadens kaum bewiesen werden kann und deshalb auch der natürliche Kausalzusammenhang, der Voraussetzung des adäquaten ist⁴⁵, nicht nachgewiesen werden kann.

39 Vgl. die Situation, die der Verfügung des ER am BezG Zürich vom 27. Juli 1963 (erwähnt in: Mitteilungen 1964, S. 124 ff.) zugrunde lag; dem Antragsgegner wurde befohlen, Werbung betreffend einen Wettbewerb zurückzuziehen.

40 Vgl. S. 157 f.

41 K. Otfinger, Haftpflichtrecht I, S. 176.

42 Zu den verschiedenen starken Wirkungen von Widerruf, Gegendarstellung und Verfügungsveröffentlichung: S. 78 ff.

43 Vgl. BGE 105 II 147.

44 K. Otfinger, Haftpflichtrecht I, S. 72 ff.

45 Vgl. K. Otfinger, Haftpflichtrecht I, S. 71 ff.; H. Casanova, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, S. 72 ff.

Diese Problematik geht aber in der eben behandelten Schadensbeweisproblematik auf; nimmt ein Richter im Sinne von Art. 42 Abs. II OR die Existenz eines Schadens an, weil die betreffende Handlung nach allgemeiner Lebenserfahrung einen Schaden herbeiführt⁴⁶, so geht er an und für sich nur von der Erfahrungstatsache eines adäquaten Kausalzusammenhangs aus und schliesst daraus auf den natürlichen Kausalzusammenhang und damit auf die Existenz eines Schadens. Geht der Richter in bezug auf den Eintritt des Schadens nach Art. 42 Abs. II OR vor, so muss deshalb nicht noch zusätzlich ein natürlicher Kausalzusammenhang nachgewiesen werden⁴⁷.

D. Verschulden?

Das Verschulden des Antragstellers ist grundsätzlich nicht Voraussetzung für dessen Haftung, da der Richter diesen nach dem Wortlaut von Art. 12 Abs. II UWG unabhängig von einem Verschulden zur Leistung von Schadenersatz verurteilen kann, wenn die unter A bis C dargestellten Voraussetzungen gegeben sind. Dies geht aus den Materialien zur Entstehung des UWG klar hervor; die noch im Entwurf von 1934 vorgesehene strenge Kausalhaftung⁴⁸ wurde durch die Einführung des "kann" im Entwurf von 1942 nicht durch eine Verschuldenshaftung ersetzt, sondern nur in ihrem Umfang gemildert⁴⁹. Daher muss das Verschulden zwar bei den Reduktionsgründen berücksichtigt werden, ist jedoch nicht Voraussetzung einer Haftung⁵⁰.

II. Der Umfang des Schadenersatzes

Nach dem Wortlaut von Art. 12 Abs. II UWG "kann" der Richter den Antragsteller haften lassen, wenn die vorne unter A bis C erwähnten Voraussetzungen verwirklicht sind. Dieses "kann" wurde erst vom Entwurf von 1942 in das UWG eingefügt, um die in der Vorlage von 1934 vorgesehene strenge Kausalhaftung, die noch der Arresthaftung von Art. 273 SchKG nachgebildet war⁵¹, zu mildern⁵². Aus dem Votum des Berichterstatters der ständerätlichen Kommission *Haefelin*⁵³ ist zu folgern, dass damit die allgemeinen Reduktionsgründe zugelassen und dem Richter in

46 K. Oftringer, *Haftpflichtrecht I*, S. 176.

47 Vgl. BGE 82 II 346 ff. Erw. 5, wo nur mit der Lebenserfahrung argumentiert, der Kausalzusammenhang dagegen nicht untersucht wird.

48 Dazu Botschaft UWG 1934, S. 546.

49 Vgl. A. Troller, *Schadenersatzpflicht*, S. 23; Botschaft UWG 1942, S. 684.

50 Offenbar zurückhaltender: BGE 105 II 147.

51 Botschaft UWG 1934, S. 546.

52 A. Troller, *Schadenersatzpflicht*, S. 23; Botschaft UWG 1942, S. 684.

53 Sten.Bull. StR 1943, S. 71; vgl. dazu auch BGE 105 II 143.

diesem Rahmen ein Ermessensspielraum für die Bestimmung der Höhe des Schadenersatzes zugestanden werden sollte.

Im folgenden sind nun die möglichen Reduktionsgründe darzustellen und deren Bedeutung zu untersuchen:

A. Das fehlende oder geringe Verschulden des Antragstellers

Wie schon vorne erwähnt, ist insbesondere das fehlende oder geringe Verschulden des Antragstellers als Reduktionsgrund zu beachten⁵⁴. Nach Praxis und herrschender Lehre kann dem Antragsteller nur dann ein Verschulden bei der Antragstellung vorgeworfen werden, wenn er nicht gutgläubig war, d.h. wenn er erkannte oder bei genügender Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass seine Tatsachendarstellung oder seine Rechtsbehauptungen unhaltbar waren⁵⁵. Dabei kann ihm aber eine Sorgfaltswidrigkeit nicht allein schon dann vorgeworfen werden, wenn er im Rahmen des normalen Prozessrisikos an seinem Anspruch zweifeln musste, sondern nur, wenn er die normalerweise übliche Vorabklärung völlig unterliess⁵⁶. Ein Verschulden in diesem Sinne dürfte nur in den wenigsten Fällen nachweisbar sein, da bei lauterkeits- und kartellrechtlichen Rechtsfragen, die nicht durch eine erhärtete Praxis unstrittig sind, oft in guten Treuen sowohl die Meinung des Beklagten wie auch die des Klägers vertreten werden kann.

Nun stellt sich natürlich die Frage, wie stark der Richter das Fehlen des Verschuldens zu gewichten hat. Hier ist nun die von *I. Meier*⁵⁷ überzeugend postulierte Gleichbehandlung von Antragsteller und Antragsgegner zu beachten. Danach muss das Haftungsrisiko des Antragstellers beim Erlass einer materiell falschen vorsorglichen Massnahme soweit als möglich dem des Antragsgegners beim materiell unrichtigen Verzicht auf einen Massnahmeerlass angeglichen werden. Für den Fall, dass keine vorsorgliche Massnahme erlassen wird, obwohl ein Anspruch gegeben ist, bestimmt sich die Haftung des Antragsgegners nach Art. 2 Abs. I lit. d UWG bzw. Art. 6 Abs. I KG und hängt damit von dessen Verschulden ab⁵⁸. Dies würde, ober-

54 A. Troller, Immaterialgüterrecht, S. 1211, FN 174; vgl. BGE 105 II 148; vgl. dagegen § 945 DZPO, wonach der Schadenersatzanspruch völlig verschuldensunabhängig ist. Stein/Jonas/Grunsky, N. 1 und 2 zu § 945 DZPO.

55 F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 62; BGE 88 II 281; F.J. Meng, Vorsorgliche Verfügung, S. 177 f.

56 So F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 61 f.; vgl. A. Troller, Schadenersatzpflicht, S. 24, der eine weitere Verschuldensdefinition vorschlägt; ders., Immaterialgüterrecht, S. 1209; BGE 88 II 281 (zur Rechtswidrigkeit). Richtiger ist die Ansicht von I. Meier, Grundlagen, S. 313, der die Frage nach der Gutgläubigkeit des Antragstellers in bezug auf seinen Anspruch als Problem des Rechtsirrtums betrachtet und daher zu einer wesentlich strengerer Beurteilung der Fahrlässigkeit kommt.

57 I. Meier, Grundlagen, S. 260; vgl. L. Häsemeyer, Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit, S. 12 ff.

58 Eine analoge Anwendung von Art. 12 Abs. II UWG für diesen Fall ist abzulehnen, da dafür

flächlich betrachtet, für eine starke Gewichtung des Reduktionsgrundes des fehlenden oder geringen Verschuldens sprechen⁵⁹. Nun ist aber die spezielle Situation des Massnahmeverfahrens zu berücksichtigen; vom Moment der Verwarnung an – erfolgt keine vorherige Verwarnung, so stellt das Massnahmebegehren selbst eine unmissverständliche Verwarnung dar – kennt der Antragsgegner sein Handeln und dessen schädigende Wirkung auf den Antragsteller⁶⁰ und handelt daher bei einer Fortsetzung der betreffenden Tätigkeit grundsätzlich zumindest eventualvorsätzlich⁶¹.

Sein evtl. mangelndes Unrechtsbewusstsein ändert dabei an seinem Verschulden nichts⁶². Somit kann also gesagt werden, dass der Antragsgegner trotz der Verschuldenshaftung nach Art. 2 Abs. I lit. d UWG bzw. Art. 6 Abs. I KG nach der materiell unrichtigen Ablehnung des Massnahantrags immer schadenersatzpflichtig ist, da sein Verschulden immer gegeben ist. Im Sinne der Gleichbehandlung von Antragsteller und Antragsgegner im Hinblick auf das Schadenersatzrisiko sollte der Richter deshalb den Rechtfertigungsgrund des mangelnden oder nur geringen Verschuldens nicht zu stark gewichten⁶³. Trifft den Antragsteller gar kein Verschulden, etwa weil es im ordentlichen Verfahren zu einer Praxisänderung kam⁶⁴, so dürfte die angemessene Reduktion um etwa 50% liegen; im Lichte der vorne gemachten Gedanken wäre eine Reduktion auf Null dagegen nicht gerechtfertigt, da sich der Antragsgegner im umgekehrten Fall bei der Anwendung von Art. 2 Abs. I lit. d UWG im Falle einer Praxisänderung auch nicht auf ein Fehlen des Verschuldens berufen kann.

B. Das Bestehen des materiellen Anspruchs

Der Richter, der die Schadenersatzklage beurteilt, ist grundsätzlich an das rechtskräftige Urteil, in dem über den Verfügungsanspruch im ordentlichen Verfahren

keine gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Vgl. Stein/Jonas/Grunsky, N. 5 zu § 945 DZPO; a.M. differenziert F. Baur, Studien, S. 111 f.

59 I. Meier, Grundlagen, S. 261.

60 Dies genügt zur Begründung des Verschuldens: H. Birrer, Verschulden im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 168.

61 W.L. Pastor bei Reimer, S. 221; ders., Wettbewerbsprozess, S. 83.

62 Vgl. B. von Büren, Kommentar, S. 172; W.L. Pastor bei Reimer, S. 221; BGE 91 II 42 f.; differenzierter: H. Birrer, Verschulden im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 169.

63 Vgl. B. von Büren, Kommentar, S. 206, der postuliert, dass die volle Haftung die Regel sein soll. Vgl. dazu die Kritik von A. Troller, Immaterialgüterrecht, S. 1211, FN 174; a.M. I. Meier, Grundlagen, S. 316, der volle Reduktion postuliert; vgl. auch Botschaft Persönlichkeitschutz, S. 671.

64 In Deutschland gibt es auch bei völlig fehlendem Verschulden keine Reduktion; Stein/Jonas/Grunsky, N. 2 zu § 945 DZPO; für den Fall der Praxisänderung dies., N. 19 zu § 945 DZPO.

entschieden wurde, gebunden⁶⁵. Wurde die Klage des Antragstellers abgewiesen, so kann dieser bei der Schadenersatzklage daher nicht mehr geltend machen, dass die vorsorgliche Massnahme zu Recht erlassen wurde⁶⁶. Der Klageabweisung muss dabei der Klagerückzug vor Gericht gleichgestellt werden, da ein Beschluss, in dem das Gericht von einem Rückzug Kenntnis nimmt und deswegen den Prozess beendet, in seinen Wirkungen einem abweisenden Urteil grundsätzlich gleichsteht⁶⁷. Nun stellt sich aber die Frage, ob der Richter die Rechtmässigkeit der vorsorglichen Massnahme überprüfen darf, wenn über den Verfügungsanspruch nie im ordentlichen Verfahren entschieden wurde. Dieses Problem taucht immer dann auf, wenn eine Schadenersatzklage eingereicht wird, weil der Antragsteller innerhalb der gemäss Art. 12 Abs. I UWG angesetzten Frist keine Klage im ordentlichen Verfahren erhoben hat. In der deutschen Lehre besteht diesbezüglich die einhellige Auffassung, dass im Schadenersatzprozess gemäss § 945 DZPO das Bestehen des Verfügungsanspruches nicht überprüft werden darf, wenn die nach § 926 DZPO angesetzte Klagfrist nicht eingehalten wurde⁶⁸. Selbst das Ergebnis eines evtl. gleichzeitig laufenden ordentlichen Prozesses über diesen Anspruch darf nicht beachtet werden⁶⁹. Diese Ansicht kann aber nicht auf Art. 12 Abs. II UWG übertragen werden. Muss der Richter das Verschulden des Antragstellers berücksichtigen und damit der Frage nachgehen, ob dieser Grund dazu hatte, an seinem Anspruch zu zweifeln, so muss er folgerichtig auch den Umstand, dass ein Verfügungsanspruch tatsächlich bestand, als Reduktionsgrund berücksichtigen⁷⁰.

Macht der Beklagte nun diesen Reduktionsgrund geltend, so muss der Richter entweder im Schadenersatzprozess vorfrageweise selbst über den betreffenden Anspruch entscheiden oder aber das Verfahren sistieren, wenn bereits ein ordentlicher Prozess über diesen Anspruch im Gang ist, und erst entscheiden, wenn es im betreffenden Prozess zu einem Entscheid gekommen ist.

Sollte sich herausstellen, dass der Verfügungsanspruch tatsächlich bestand und damit die vorsorgliche Massnahme nicht ungerechtfertigt war, muss der Richter den Schadenersatz stärker reduzieren als beim blossen Fehlen eines Verschuldens. Von einer völligen Reduktion ist jedoch abzusehen, da dies mit dem Gesetzestext,

65 Keine derartige Bindungswirkung entfaltet die Aufhebung der vorsorglichen Massnahme im summarischen Verfahren, wie beispielsweise bei der Aufhebung einer superprovisorischen Verfügung auf Einspruch (vgl. Verfügung des ER am BezG Winterthur vom 12. Mai 1981, Mitteilungen 1981, S. 170 ff.), da der Anspruch dabei nur summarisch geprüft wird, vgl. F. Baur, Studien, S. 105; Stein/Jonas/Grunsky, N. 29 zu § 945 DZPO.

66 Vgl. in Deutschland, allerdings im Zusammenhang mit den Haftungsvoraussetzungen: F. Baur, Studien, S. 105; Stein/Jonas/Grunsky, N. 26 zu § 945 DZPO; W.L. Pastor bei Reimer, S. 281.

67 H.U. Walder-Böhner, Zivilprozess, S. 275.

68 F. Baur, Grundlagen, S. 103, mit kritischer Anmerkung für den Fall von § 942 DZPO; Stein/Jonas/Grunsky, N. 33 zu § 945 DZPO.

69 F. Baur, Grundlagen, S. 103; kritisch L. Hässemeyer, Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit, S. 116 f.

70 Vgl. A. Troller, Immaterialgüterrecht, S. 1211; vgl. Art. 28 f. Abs. I Entwurf Persönlichkeitsschutz (Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 671): Die Nichtexistenz des Anspruches ist Haftungsvoraussetzung.

der für den Fall des Versäumnisses der Klagefrist ausdrücklich eine vom Bestand des Verfügungsanspruches unabhängige Haftung vorsieht, nicht zu vereinbaren wäre.

C. Weitere Reduktionsgründe

Da die allgemeinen Lehren des Haftpflichtrechts gemäss Art. 8 UWG auch für den Schadenersatzanspruch aus Art. 12 Abs. II UWG gelten, können grundsätzlich alle allgemeinen Reduktionsgründe geltend gemacht werden⁷¹. Dabei steht vor allem der in Art. 44 OR erwähnte Herabsetzungsgrund des Selbstverschuldens im Vordergrund, wonach der Schadenersatz reduziert werden kann, wenn der Antragsgegner Umstände zu vertreten hat, die zur Entstehung oder Vergrösserung des Schadens führten⁷². Dieser Reduktionsgrund kann beispielsweise dann geltend gemacht werden, wenn der Antragsgegner im summarischen Verfahren ihm schon damals bekannte Beweise nicht vorlegte oder vergass, Einwendungen geltend zu machen⁷³. So führt es zu einer Reduktion, wenn ein Kartell als Antragsgegner im Massnahmeverfahren die ihm zustehenden Rechtfertigungsgründe nicht geltend machte oder nichts unternahm, um sie glaubhaft zu machen.

Zu einer Reduktion muss es aber auch kommen, wenn der von einer vorsorglichen Massnahme Betroffene nichts vorkehrte, um den Schaden zu vermindern; im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht, die sich ebenfalls aus Art. 44 OR ergibt, ist er dazu verpflichtet, alles ihm Zumutbare zu unternehmen, um den entstehenden Schaden möglichst gering zu halten⁷⁴. Wird einem Kaufmann beispielsweise durch eine ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahme verboten, eine bestimmte Werbekampagne durchzuführen, so kann dieser nicht seine gesamte Ertrags- einbisse als Schaden geltend machen, wenn er daraufhin jede Werbung unterliess und sich nicht bemühte, eine neue Werbekampagne mit anderer Werbung zu beginnen.

III. Das Haftungsrisiko des Antragstellers in der Praxis

Obwohl eine vorsorgliche Massnahme meist erhebliche Schäden hervorruft, ist das Risiko des Antragstellers, bei einer ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahme für den gesamten Schaden eintreten zu müssen, recht gering⁷⁵. Einerseits ist der

71 Zu diesen: K. Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 261 ff.

72 Vgl. K. Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 265 ff.

73 Vgl. Stein/Jonas/Grunsky, N. 9 zu § 945 DZPO; A. Troller, Schadenersatzpflicht, S. 24; Baumbach/Hefermehl, N. 53 zu § 25 DUWG.

74 K. Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 266 f.; BGE 60 II 229; vgl. W.L. Pastor bei Reimer, S. 290 f.; vgl. Interlocutory Injunctions, S. 346.

75 Vgl. F. Baur, Arrest, S. 607; a.M. H.-G. Borck, Vollziehung von Unterlassungsverfügungen,

Schaden, wie vorne in I. B gezeigt, meist nur sehr schwer nachzuweisen, und andererseits kann der Reduktionsgrund des fehlenden Verschuldens, wie in II. A dargelegt, praktisch immer angeführt werden. Immerhin ist aber zu bemerken, dass ein evtl. zu bezahlender Schadenersatz für den Antragsteller eine echte Einbusse darstellt, da ihm durch den Massnahmeerlass meist kein mit dem Schaden des Antragsgegners vergleichbarer Vorteil entsteht⁷⁶. Der Vorteil der durch den Massnahmeerlass bedingten Untätigkeit des Antragsgegners kommt nämlich nicht nur dem Antragsteller, sondern auch allen anderen Konkurrenten zugute und wird unter diesen aufgeteilt; der Schadenersatz dagegen wird nur vom Antragsteller getragen⁷⁷. Im Umkehrschluss aus den eben gemachten Überlegungen kann aber auch gefolgert werden, dass sich der erlangte Vorteil betragsmässig immer mehr dem Schadenersatz nähert, je weniger übrige Konkurrenten vorhanden sind. Im Extremfall, wenn sich Antragsteller und Antragsgegner einen Markt aufteilen, sind sie sogar ungefähr gleich⁷⁸. In diesem Fall beschränkt sich das Risiko des Antragstellers darauf, dass er den durch die ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahme auf Kosten des Antragsgegners erlangten Vorteil diesem wieder herausgeben muss, wobei dieses Risiko noch durch die Schwierigkeit des Schadensnachweises und durch den Herabsetzungsgrund des mangelnden Verschuldens reduziert wird.

IV. Die Sicherheitsleistung des Antragstellers zur Sicherung des Schadenersatzanspruchs

Gemäss Art. 10 Abs. I UWG kann der Antragsteller dazu verpflichtet werden, vor dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme Sicherheit zu leisten. Diese Sicherheit soll dazu dienen, den Schadenersatzanspruch, der dem Antragsgegner aufgrund von Art. 12 Abs. II UWG zusteht, zu sichern⁷⁹. Trotz der Formulierung "kann" muss der Richter auf Antrag des Antragsgegners eine Sicherheitsleistung anordnen, wenn dieser glaubhaft dargelegt hat, dass ihm ein Schaden entstehen kann und der Richter nicht davon überzeugt ist, dass ein Schadenersatzanspruch wegen des praktisch sicheren Obsiegens des Antragstellers im ordentlichen Verfahren ausgeschlossen

S. 559, wobei dieser jedoch vor allem auf den unten erwähnten Gesichtspunkt Gewicht legt, dass dem Schadenersatzanspruch kein Vorteil gegenübersteht.

76 A. Troller, Schadenersatzpflicht, S. 22; H.-G. Borck, Vollziehung von Unterlassungsverfügungen, S. 559.

77 H.-G. Borck, Vollziehung von Unterlassungsverfügungen, S. 559; Antragsteller, die, wie z.B. Vereine, keinen Gewerbebetrieb haben, sind davon besonders betroffen; ders., Gegenstandswert, S. 436.

78 Diese Situation kann es vor allem bei kartellrechtlichen Streitigkeiten geben, wenn sich der einzige Aussenseiter gegen das Kartell stellt. Vgl. das bei F. Baur, Studien, S. 118, allerdings in einem anderen Zusammenhang, erwähnte Beispiel zweier Waschmittelhersteller, die den Markt aufteilen.

79 Vgl. Botschaft UWG 1942, S. 707.

ist⁸⁰. Dabei richtet sich die Höhe der Sicherheit nach der ungefähren Höhe des zu erwartenden Schadens⁸¹. Da die Sicherheitsleistung nur zur Sicherung des Schadenersatzanspruches dient, kann sie eine schwache Glaubhaftmachung der anspruchsbegründenden Tatsachen grundsätzlich nicht kompensieren⁸².

Im Gegensatz zur deutschen Praxis, die bei Wettbewerbssachen in der Anordnung von Sicherheitsleistungen sehr zurückhaltend ist⁸³, werden in der schweizerischen Praxis Sicherheiten oft schon verfügt, wenn ein Schadenseintritt auch nur möglich ist⁸⁴; die schweizerischen Gerichte sehen von einer Sicherheitsleistung nur dann ab, wenn sie davon überzeugt sind, dass gar kein Schaden entstehen kann⁸⁵.

Wird eine Sicherheitsleistung verfügt, so wird die vorsorgliche Massnahme meist nicht erlassen, bevor diese nicht real hinterlegt oder eine Bankgarantie⁸⁶ beigebracht wurde⁸⁷. Es ist aber auch möglich, in dringenden Fällen die Verfügung sofort zu erlassen, sie aber in dem Sinne mit einer Resolutivbedingung zu verbinden, dass sie dahinfällt, wenn die Sicherheitsleistung nicht erbracht wird. Dieses Vorgehen ist auch immer dann angezeigt, wenn die Sicherheitsleistung nachträglich angeordnet wird.

Über das Schicksal der Sicherheitsleistung enthält das UWG keine Bestimmungen; aus ihrer Funktion ergibt sich jedoch, dass sie zurückerstattet werden muss, wenn der Schadenersatzanspruch des Antragsgegners nicht mehr durchgesetzt werden kann. So muss sie zurückgegeben werden, wenn wegen des Obsiegens des Antragstellers im ordentlichen Verfahren die Voraussetzungen für eine Schadenersatzklage nicht mehr gegeben sind, der Schadenersatzanspruch verjährt ist oder die Schadenersatzklage selbst abgewiesen oder zurückgezogen wurde. Solange aber eine Durchsetzung dieses Schadenersatzanspruches noch möglich ist, darf sie grundsätzlich nicht zurückerstattet werden⁸⁸. Um den Antragsteller jedoch nicht zu lange in Ungewissheit über die von ihm hinterlegte Sicherheit zu lassen, ist es möglich,

80 A. Troller, Immaterialgüterrecht, S. 1208; vgl. F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 40 f.

81 F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 41; vgl. B. von Büren, Kommentar, S. 207; H.-G. Borck, Vollziehung von Unterlassungsverfügungen, S. 559. Die Sicherheit sollte sich nicht nach dem Interesse des Antragstellers richten, da dieses regelmässig kleiner ist; ders., Gegenstandswert, S. 436; vgl. Urteil des OG ZH vom 25. Mai 1966, in: Mitteilungen 1969, S. 76 ff.

82 Entscheid des HG ZH vom 8. März 1978 (Mitteilungen 1978, S. 191); vgl. dagegen die Funktion der Sicherheitsleistung nach § 921 Abs. II DZPO, wo sie beim Arrest die Glaubhaftmachung ersetzen kann; dazu Stein/Jonas/Grunsky, N. 5 ff. zu § 921 DZPO. Nach deutscher Praxis hat sie oft auch bei der einstweiligen Verfügung diese Funktion; H.-G. Borck, Gegenstandswert, S. 437; Stein/Jonas/Grunsky, N. 4 zu § 936 DZPO; vgl. D. Leipold, Grundlagen, S. 70; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 300 f.

83 H.-G. Borck, Gegenstandswert, S. 437; vgl. W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 301.

84 Vgl. Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 26. Januar 1977 (VKK 1977, S. 242 ff.), vgl. Kasuistik, S. 168 f.

85 Entscheid des Appellationshofes des Kt. BE vom 24. Oktober 1977 (VKK 1978, S. 55 ff.).

86 Zu dieser Möglichkeit: Urteil des Appellationsgerichtes BS vom 30. März 1971 (BJM 1972, S. 266).

87 Botschaft UWG 1942, S. 707.

88 Vgl. Art. 80 Abs. II PatG.

dem Antragsgegner in Analogie zu Art. 80 Abs. II PatG eine Klagefrist anzusetzen, nach deren unbenützlichem Verstreichen die Kautions frei wird⁸⁹.

Kasuistik

Kartellgesetz

- Keine Kautions, da bei Lieferverpflichtungen (Mineralwasser) kein Schaden entstehen könne

Die Aufweichung des Kartells durch die vorsorgliche Massnahme wurde nicht in Betracht gezogen.

Entscheid des Appellationshofes des Kt. BE vom 24. Oktober 1977 (VKK 1978, S. 55 ff.).

- Fr. 10'000.— bei Aufnahmegebot in Landmaschinenausstellung, 32 Tage Frist für Schadenersatzklage

Keine Angaben über die Berechnung der Höhe der Kautions.

Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 26. Januar 1977 (VKK 1977, S. 242 ff.).

UWG

- Fr. 10'000.— für das superprovisorische Verbot verwechselbarer Werbung

Keine Angaben über die Berechnung der Kautionshöhe.

Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 18. April 1977 (Mitteilungen 1978, S. 49 ff.).

89 A. Troller, Immaterialgüterrecht II, S. 1210; vgl. Entwurf Persönlichkeitsschutz, Art. 28 f. Abs. III; Botschaft Persönlichkeitsschutz, S. 672; Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 26. Januar 1977 (VKK 1977, S. 242 ff.), Frist von 32 Tagen; Verfügung des ER am BezG Zürich vom 7. Januar 1981 (Mitteilungen 1982, S. 192). Es dürfte sich für den kautionspflichtigen Antragsteller immer lohnen, die Ansetzung einer solchen Frist zu verlangen; die Chancen, dass der Antragsgegner die Frist ungenutzt verstreichen lässt, stehen gut, da dieser das Prozessrisiko scheut, bevor er weiss, wie im ordentlichen Prozess über den Verfügungsanspruch entschieden wird. Entschliesst sich der Antragsteller dazu, den Schadenersatzprozess einzuleiten, um die Kautions zu behalten, so wird dieser sofort sistiert, da vor der Beendigung des ordentlichen Prozesses um den Verfügungsanspruch nicht geklärt werden kann, ob die Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches überhaupt gegeben sind (zur Sistierung: A. Troller, Immaterialgüterrecht II, S. 1212).

- Fr. 10'000.— für das superprovisorische Vertriebsverbot nachgeahmter Waren
Keine Angaben über die Berechnung der Kautionshöhe.
Entscheid des ER des BezG Winterthur vom 16. April 1981 (Mitteilungen 1981, S. 170 ff.).
- Fr. 7'500.— für das Verbreitungsverbot einer Zeitschrift
Die Kautionshöhe wurde nach den Herstellungskosten berechnet.
Urteil des OG ZH vom 25. Mai 1966 (Mitteilungen 1969, S. 76 ff.).
- Fr. 15'000.— für superprovisorisches Vertriebsverbot nachgeahmter Waren
Keine Angaben über die Berechnung der Kautionshöhe.
Verfügung des ER am BezG Zürich vom 7. Januar 1981 (Mitteilungen 1982, S. 192).
- Fr. 60'000.— für Vertriebsverbot nachgeahmter Waren
Keine Angaben über die Berechnung der Kautionshöhe.
Beschluss des OG ZH vom 18. März 1981 (Mitteilungen 1982, S. 192).

V. Die Natur der Haftung aus ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahmen

A. Haftung für rechtswidriges Handeln?

In der schweizerischen Lehre wird davon ausgegangen, dass der Schadenersatzanspruch des Antragsgegners für den durch eine ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahme verursachten Schaden ein deliktischer Anspruch ist und dass damit eine Haftung für rechtswidriges Handeln vorliege. Dabei wird allerdings die Rechtswidrigkeit verschieden definiert; nach herrschender Lehre ist die Erwirkung einer vorsorglichen Massnahme nur dann rechtswidrig, wenn der Antragsteller seinen Antrag ohne sachlichen Grund stellte⁹⁰, während nach der Ansicht von *I. Meier* und *M. Guldener*⁹¹ jedes Erwirken einer vorsorglichen Massnahme rechtswidrig ist, wenn sich später herausstellt, dass der Verfügungsanspruch nicht bestand. Der normalerweise in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung verwendete Begriff der Rechtswidrigkeit als Verstoss gegen Verhaltensnormen, die direkt oder indirekt schädigendes Verhalten verbieten⁹², führt zur ersten der vorne erwähnten

90 BGE 88 II 281; 93 II 193; F.J. Meng, Vorsorgliche Verfügung, S. 175; F. Hasenböhler, Provisorische Verfügung, S. 62.

91 I. Meier, Grundlagen, S. 312 f.; M. Guldener, Zivilprozessrecht, S. 582; vgl. M. Minnerop, Materielles Recht und einstweiliger Rechtsschutz, S. 47.

92 K. Otfinger, Haftpflichtrecht I, S. 128 (objektive Methode); BGE 88 II 280 f.

Umschreibungen der Rechtswidrigkeit, da nur mutwilliges Prozedieren rechtswidrig, das Vorgehen nach staatlichen Verfahrensvorschriften im übrigen aber erlaubt und rechtmässig ist^{93,94}. Die Ansicht von *I. Meier* und *M. Guldener* dagegen basiert auf einer starken Ausweitung des Begriffs der Widerrechtlichkeit: Sie geht von der subjektiven Definition der Widerrechtlichkeit aus⁹⁵, nimmt jedoch vom allgemein anerkannten Rechtfertigungsgrund der Inanspruchnahme gesetzlich eingerichteter Verfahren⁹⁶ die Vorschriften über das Verfahren zum einstweiligen Rechtsschutz aus⁹⁷. Diese Ausnahme würde in ihrer logischen Konsequenz dazu führen, dass der Richter, der die vorsorgliche Massnahme erlässt, beim Erlass ebenfalls widerrechtlich handelt, da für ihn die gleichen Rechtfertigungsgründe wie für den Antragsteller gelten⁹⁸. Damit würde sie letzten Endes die Haftung des Richters oder die des Staates begründen. Daher ist diese Umschreibung der Widerrechtlichkeit abzulehnen, obwohl sie bei vorsorglichen Massnahmen in Rechtsgebieten ohne besondere Vorschriften über die Haftung des Antragstellers gerechtere Ergebnisse als die vorne dargestellte herrschende Lehre ergibt, weil in diesen Gebieten Schäden, die durch materiell unrichtige vorsorgliche Massnahmen entstehen, nur über Art. 41 OR liquidiert werden können.

Da die Haftung nach Art. 12 Abs. II UWG, wie vorne dargestellt, einen weiteren Kreis von vorsorglichen Massnahmen als die auf widerrechtlichen Antrag ergangenen erfasst, stellt sie konsequenterweise in einem weiten Bereich Haftung für rechtmässiges Verhalten dar. Die zweite von *I. Meier* und *M. Guldener*⁹⁹ vorgeschlagene Umschreibung der Widerrechtlichkeit zieht zwar den Kreis der Widerrechtlichkeit weiter, erfasst aber dennoch nicht alle von Art. 12 Abs. II UWG als haftungsbegründend betrachteten Fälle, da gemäss Art. 12 Abs. II UWG eine Haftung auch möglich

93 W. Zeiss, Schadenersatzpflichten, S. 707; Sträuli/Messmer, N. 3 zu § 230 ZPO.

94 Auch die subjektive Methode (vgl. K. Oftinger, Haftpflichtrecht I, S. 129), nach der jede Handlung, die ohne Rechtfertigungsgrund in ein geschütztes Rechtsgut einer Person eingreift, als rechtswidrig qualifiziert wird, führt bei ihrer traditionellen Anwendung zu dieser Auffassung, da die Inanspruchnahme gesetzlich eingerichteter und geregelter Verfahren als Rechtfertigungsgrund gilt (vgl. Stein/Jonas/Münzberg, N. 10 zu § 717 DZPO); kritisch: W. Zeiss, Schadenersatzpflichten, S. 705 ff. (Ausnahme des unredlichen Prozessverhaltens; prinzipielle Ablehnung dieser Methode in der Frage nach der Widerrechtlichkeit prozessualen Verhaltens).

95 Vgl. W. Zeiss, Schadenersatzpflichten, S. 707 f.; dieser lehnt diese Methode im Bereiche der prozessualen Schädigung ab, da so das normale Prozessrisiko, aus dem Schädigungen entspringen können, mit deliktischer Haftung belastet werde.

96 Dazu L. Häsemeyer, Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit, S. 28.

97 I. Meier, Grundlagen, S. 313 f.; vgl. W. Zeiss, Schadenersatzpflichten, S. 705; vgl. M. Minnerop, Materielles Recht, S. 47 f., der damit argumentiert, dass der durch die vorsorgliche Verfügung erwirkte Zustand der wahren Rechtslage widerspreche und daher rechtswidrig ist.

98 Die erste Betrachtung der Rechtswidrigkeit führt nicht zu dieser Konsequenz, da sie sich nur auf die Rechtswidrigkeit der Antragstellung bezieht und nicht auf den Erlass und so den Richter in jedem Fall rechtmässig handeln lässt, da er immer den Rechtfertigungsgrund der Befolgung der Verfahrensvorschriften geltend machen kann.

99 I. Meier, Grundlagen, S. 312 f.; M. Guldener, Zivilprozessrecht, S. 582; vgl. W. Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, S. 268 ff.

ist, wenn der Verfügungsanspruch an und für sich besteht, aber nicht rechtzeitig prosequiert wurde¹⁰⁰.

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass es sich bei einer richtigen Betrachtung der Widerrechtlichkeit ergibt, dass die Haftung nach Art. 12 Abs. II UWG in einem weiten Bereich nicht Haftung für rechtswidriges Handeln ist¹⁰¹.

B. Haftung für rechtmässiges Handeln

Eine Haftung für rechtmässiges Handeln ist vor allem im öffentlichen Recht bekannt; bei der Expropriation¹⁰² wird für einen im rechtmässigen Verfahren vorgenommenen Eingriff in die von der Eigentumsgarantie geschützten Rechte ein Schadenersatz fällig¹⁰³. Gerechtfertigt wird dieser Schadenersatz damit, dass es dem Geschädigten nicht zuzumuten ist, entschädigungslos im öffentlichen Interesse auf seine Rechte zu verzichten, auch wenn wegen des Überwiegens dieser Interessen kein rechtswidriger Eingriff vorliegt (Sonderopfertheorie)¹⁰⁴. Die Situation beim Schadenersatz wegen vorsorglicher Massnahmen ist nun sehr ähnlich: Der Richter greift mit dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme unter Einhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens und damit rechtmässig in die Rechtsposition des Antragsgegners ein und schädigt diesen. Da dieser Entscheid jedoch nicht auf einer sicheren Grundlage, sondern auf nur glaubhaft gemachten Tatsachen und auf einer zum Teil nur summarischen rechtlichen Abklärung basiert, ist es dem Antragsgegner nicht zuzumuten, den Schaden selbst zu tragen; vielmehr ist es gerechtfertigt, dass er einen Ersatzanspruch hat, wenn sich herausstellt, dass die Entscheidungsgrundlagen des Richters falsch waren¹⁰⁵. In Anbetracht dessen, dass der Eingriff jedoch nicht wegen überwiegender öffentlicher Interessen, wie bei der Enteignung, sondern wegen der überwiegenden privaten Interessen des Antragstellers erfolgt, ist es auch gerechtfertigt, dass sich der Ersatzanspruch nicht gegen den Staat, sondern gegen den Antragsteller richtet, der von der Massnahme ja auch profitiert^{106,107}. Damit kann dieser Ersatzanspruch also als Aufopferungsanspruch

100 Vgl. S. 154. Vgl. zum Versuch der Begründung einer Widerrechtlichkeit selbst in diesen Fällen: W. Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, S. 269 f.

101 Vgl. Stein/Jonas/Münzberg, N. 9 zu § 717 DZPO; a.M. W. Henckel, Prozessrecht und materielles Recht, S. 268 ff., der sogar den Fall von § 926 Abs. II und § 942 Abs. II DZPO unter Haftung für widerrechtliches Verhalten subsumiert; gl.M. L. Häsemeyer, Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit, S. 97; vgl. auch die amerikanische Rechtsprechung: D.B. Dobbs, Should security be required as a pre-condition, S. 1147 ff.

102 Vgl. auch die in Art. 123 MO vorgesehene Ersatzpflicht für bei rechtmässigerweise durchgeführten Übungen verursachte Tötungen und Körperverletzungen.

103 Vgl. U. Scheuner, Staatshaftung, S. 331 f.

104 P. Saladin, Grundrechte im Wandel, S. 179 ff.

105 F. Baur, Studien, S. 110; M. Minnerop, Materielles Recht, S. 46; Stein/Jonas/Münzberg, N. 10 zu § 717 DZPO; vgl. L. Häsemeyer, Schadenersatz im Zivilrechtsstreit, S. 97 ff.

106 F. Baur, Studien, S. 110.

107 Interessant ist in diesem Zusammenhang der Hinweis auf England, wo das Ausgleichs-

gegenüber einem Privaten charakterisiert werden¹⁰⁸. Ein derartiger privater Aufopferungsanspruch ist dem schweizerischen Recht im übrigen nicht fremd; auch die Haftung für übermässige, aber wegen überwiegender privater Interessen dennoch rechtmässige Immissionen gemäss Art. 684 kann als privater Aufopferungsanspruch aufgefasst werden. Diese Haftung wird nämlich ebenfalls damit begründet, dass ein schädigender Eingriff, der wegen der überwiegenden Interessen des Schädigers nicht rechtswidrig ist, ohne Entschädigung unzumutbar sei¹⁰⁹.

Zusammenfassend ist also festzustellen, dass es sich beim Schadenersatzanspruch nach Art. 12 Abs. II UWG um einen Aufopferungsanspruch zwischen Privaten handelt und nicht um Haftung für rechtswidriges Handeln im Sinne eines zivilrechtlichen Delikts¹¹⁰.

VI. Drängt sich eine gänzlich verschuldensunabhängige Schadenersatzpflicht auf?

Wie vorne dargestellt¹¹¹, ist das Verschulden zwar nicht Voraussetzung einer Haftung nach Art. 12 Abs. II UWG, beeinflusst aber die Höhe des Schadenersatzes entscheidend, da das geringe bzw. fehlende Verschulden als Reduktionsgrund berücksichtigt werden muss. Nun stellt sich de lege ferenda natürlich die Frage, ob diese starke Beachtung des Verschuldens sachlich gerechtfertigt ist¹¹². Daher muss im folgenden untersucht werden, ob es dem Antragsgegner zuzumuten ist, den Schaden selbst zu tragen, wenn dem Antragsteller kein Verschulden vorzuwerfen ist¹¹³. Dabei ist von dem von I. Meier entwickelten Prinzip der Gleichbehandlung von Antragsteller und Antragsgegner¹¹⁴ auszugehen und dem Antragsteller für den Fall einer ungerechtfertigterweise erlassenen vorsorglichen Massnahme kein höheres Haftungsrisiko aufzubürden als dem Antragsgegner bei einer fälschlich unterlassenen. Ob-

problem nicht mit einer gesetzlichen Haftung gelöst wird, sondern mit einem Kausalhaftungsversprechen des Antragstellers (undertaking), das Voraussetzung für den Erlass einer Injunction ist, Odgers/Harwood, S. 185.

108 F. Baur, Studien, S. 110 f.; vgl. zum privaten Aufopferungsanspruch: M. Desax, Haftung für erlaubte Eingriffe, S. 138, vor allem 143 ff.

109 BGE 91 II 100 ff.; vgl. A. Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N. 220 zu Art. 684 ZGB; vgl. weitere Fälle der Haftung für rechtmässiges Verhalten: M. Desax, Haftung für erlaubte Handlungen, S. 36 ff.

110 F. Baur, Studien, S. 111; vgl. M. Minnerop, Materielles Recht, S. 46 f., der den Anspruch zwar als Aufopferungsanspruch bezeichnet, die Handlung des Antragstellers aber dennoch als rechtswidrig betrachtet; vgl. H. Casanova, Haftung der Parteien, S. 34, der die Haftung des Antragstellers als Haftung ex lege bezeichnet.

111 S. 161 ff.

112 In Deutschland ist der Schadenersatzanspruch nach § 945 DZPO völlig verschuldensunabhängig; Stein/Jonas/Grunsky, N. 1 und 2 zu § 945 DZPO.

113 Zur Zumutbarkeit vgl. A. Troller, Schadenersatzpflicht, S. 22 f., über die Situation des Antragstellers.

114 I. Meier, Grundlagen, S. 258; vgl. L. Häsemeyer, Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit, S. 12 ff.

wohl der Antragsgegner gemäss Art. 2 Abs. I lit. d UWG (bzw. Art. 6 Abs. I KG) nur bei Verschulden schadenersatzpflichtig ist, trifft ihn, wie vorne gezeigt¹¹⁵, in einem solchen Falle immer eine Schadenersatzpflicht, da der Massnahmeantrag als klare Verwarnung zu betrachten ist und ihm deshalb immer ein Verschulden vorzuwerfen ist¹¹⁶. In Anbetracht dessen, dass der Antragsgegner beim materiell unrichtigen Nichterlass einer vorsorglichen Massnahme daher immer schadenersatzpflichtig wird, ist es ihm nicht zuzumuten, seinen Ersatzanspruch gegenüber dem Antragsteller von dessen Verschulden abhängen zu lassen, besonders weil ja der Antragsteller vom materiell unberechtigten Eingriff in die Rechtsposition des Antragsgegners auch unabhängig von seinem Verschulden profitiert¹¹⁷. Daher sollte de lege ferenda dem Antragsgegner ein vom Verschulden des Antragstellers unabhängiger Schadenersatzanspruch gewährt werden.

115 S. 162 f.

116 Dazu: S. 162.

117 Sträuli/Messmer, N. 5 zu § 230 ZPO.

3. KAPITEL

Die vorsorgliche Massnahme und das Hauptverfahren

§ 1 Das Verhältnis zwischen vorsorglicher Massnahme und Hauptverfahren nach dem Willen des Gesetzgebers

Wie das Votum des Berichterstatters der nationalrätlichen Kommission *Lachenal*¹ zeigt, sollte die vorsorgliche Massnahme nach der Absicht des Gesetzgebers nur dazu dienen, die Zeit bis zum Urteil im ordentlichen Verfahren zu überbrücken, und verhindern, dass dessen Vollstreckung durch Zeitablauf illusorisch wird. Obwohl schon im Entwurf von 1934 vorgesehen wurde, die vorläufige Vollstreckung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen zuzulassen², bestand immer die Ansicht, dass die vorsorgliche Massnahme nie definitive Wirkung haben, sondern nur die Wirksamkeit des ordentlichen Urteils sichern sollte³; auf jede vorsorgliche Massnahme sollte daher ein ordentliches Verfahren folgen, in dem dann die materiellrechtlichen Ansprüche definitiv geklärt werden⁴. Daher hat die vorsorgliche Massnahme im Verhältnis zum ordentlichen Verfahren keine materielle Rechtskraft und kann auch immer wieder auf Antrag einer Partei abgeändert werden⁵. Um sicherzustellen, dass der obsiegende Antragsteller auch wirklich das ordentliche Verfahren einleitet, legt Art. 12 Abs. I UWG fest, dass die verfügende Behörde dem Antragsteller eine Frist von höchstens 30 Tagen zur Einleitung des ordentlichen Verfahrens anzusetzen habe⁶. Diese Frist wird mit der Androhung verbunden, dass die Massnahme dahinfällt, wenn die Klage nicht eingeleitet wird⁷. Ausserdem begründet das Fristversäumnis auch noch die Haftung nach Art. 12 Abs. II UWG⁸.

1 Sten.Bull. NR 1943, S. 110.

2 Vgl. Botschaft UWG 1934, S. 544 f.

3 Vgl. dazu K. Uebe, Vorwegnahme der Entscheidung, S. 1 ff.

4 Vgl. die Ausführungen im Urteil des OG ZH vom 10. September 1953 (ZR 52 [1953] Nr. 140); F. Baur, Studien, S. 79.

5 F. Ostler, Wichtige Fragen, S. 714; F. Baur, Studien, S. 78; vgl. zur Rechtskraftwirkung aber die Entscheidung des BGH vom 27. November 1963 (BB 1964, S. 195), in der für die Unterlassungsklage das Rechtsschutzinteresse verneint wird, wenn eine einstweilige Verfügung besteht, die durch Widerspruchsverzicht (dazu S. 175 f.) gesichert ist.

6 Botschaft UWG 1942, S. 706; J. Müller, Einstweilige Verfügung, S. 118 f. Die Fristansetzung ist für jede Instanz zwingend: BGE 103 II 72 ff.; wird gegen einen Massnahmeerlass ein Rechtsmittel ergriffen, so setzt die Rechtsmittelinstanz eine neue Frist an.

7 Zur Einhaltung dieser Frist muss die Klage hängig gemacht werden; das Begehren um Sühneverhandlung genügt nur, wenn gemäss kantonalem Recht beim Scheitern des Sühneversuchs entweder der Sühnebeamte die Klage von Amts wegen an den ordentlichen Richter weiterleiten muss oder der Kläger innert bestimmter Frist die Klage hängig machen muss; dazu H.U. Walder, Prozesserledigung, S. 114; B. von Büren, Verjährung, S. 372; BGE 74 II 16 f.; vgl. dazu den Entscheid des OG ZH vom 14. Februar 1979 (ZR 78 [1979] Nr. 49); zur Frist-

Bei der Bestimmung dieser Klagfrist muss der Richter einerseits die Schwierigkeiten bei der Formulierung und Begründung der Klage in Betracht ziehen, andererseits aber auch das Interesse des mit einer Massnahme belasteten Antragsgegners an einer möglichst baldigen definitiven Entscheidung berücksichtigen⁹. Obwohl diese Abwägung zu differenzierten Fristen führen sollte, fällt bei der Untersuchung der publizierten Entscheide auf, dass praktisch durchwegs die maximale Frist von 30 Tagen gewährt wird¹⁰. Diese Praxis ist kaum richtig, denn gerade in wettbewerbsrechtlichen Fällen ist die Einleitung des ordentlichen Verfahrens nach dem Massnahmeverfahren nicht mehr besonders schwierig, weil normalerweise bereits im Massnahmeverfahren die volle Anspruchsdurchsetzung verlangt wird und somit der Antrag in beiden Verfahren gleich lautet¹¹. Gerade diese vorläufige Vollstreckung des Anspruchs bewirkt aber auch, dass das Interesse des unterlegenen Antragstellers an einer möglichst raschen Einleitung des ordentlichen Verfahrens gross ist, sofern er nicht völlig auf dessen Durchführung verzichten will¹². Der Richter sollte bei der Fristansetzung auch beachten, dass ein nur geringer Unterschied in der Fristenlänge oft zu einer erheblichen Verkürzung bzw. Verlängerung des ordentlichen Verfahrens führen kann. Setzt er z.B. im Kanton Zürich eine Klagfrist von 30 Tagen statt von 29 Tagen an, so genügt es zu deren Einhaltung, innerhalb dieser Zeit beim Friedensrichter die Sühneverhandlung zu begehren, während die Klage bei einer Frist von 29 Tagen gemäss § 104 ZH ZPO ohne vorherige Sühneverhandlung durch das Einreichen des schriftlichen Klagebegehrens eingeleitet werden muss¹³. Ein einziger Tag Unterschied in der Fristfestsetzung kann auf diese Weise zu einer Verlängerung des Verfahrens um mehrere Wochen, ja um Monate führen¹⁴.

In Deutschland muss der Richter gemäss § 926 DZPO von Amts wegen keine Klagfrist ansetzen. Die Fristansetzung erfolgt nur, wenn dies der Antragsgegner verlangt, wozu er so lange berechtigt ist, wie die einstweilige Verfügung in Kraft bleibt¹⁵. Aus dieser Regelung, die bewirkt, dass das ordentliche Verfahren nicht immer eingeleitet werden muss und eine einstweilige Verfügung grundsätzlich eine unlimitierte Geltungsdauer haben kann, wird deutlich, dass in Deutschland ein weniger enger Zusammenhang zwischen einstweiliger Verfügung und ordentlichem

wahrung in Deutschland: M. Buchert/J. Görl, Die Wahrung der Frist des § 926 DZPO, S. 661 ff.

8 Dazu S. 154.

9 Entscheid des ER am BezG Zürich vom 1. Oktober 1968 (VKK 1969, S. 313).

10 Ausnahmen: Entscheid des ER am BezG Zürich vom 1. Oktober 1968 (VKK 1969, S. 313); 20 Tage; Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 26. Januar 1977 (VKK 1977, S. 242).

11 Vgl. Entscheid des ER am BezG Zürich vom 1. Oktober 1968 (VKK 1969, S. 313, vor allem 324); a.M. Entscheid des OG ZH vom 14. Februar 1979 (ZR 78 [1979] Nr. 49).

12 Dazu S. 179 ff.

13 Sträuli/Messmer, N. 2 zu § 104 ZPO.

14 Dabei ist eine Verhandlung vor dem Friedensrichter kaum mehr sachdienlich, denn die Parteien hatten ja bei der Massnahmeverhandlung schon Gelegenheit zum Vergleich.

15 Stein/Jonas/Grunsky, N. 3 zu § 926 DZPO; H. Aderhold, Erledigung der Hauptsache, S. 1804.

Verfahren besteht als in der Schweiz¹⁶, wo die Fristansetzung zwingend vorgeschrieben ist.

§ 926 DZPO ermöglicht es, aus einer einstweiligen Verfügung einen Titel zu machen, der einem rechtskräftigen, im ordentlichen Verfahren gefällten Entscheid in seiner Wirkung gleichsteht¹⁷. Dazu genügt es, wenn der Antragsgegner auf sein Recht auf Fristansetzung nach § 926 DZPO verzichtet¹⁸, weil dann die vorsorgliche Massnahme nicht mehr aufgehoben werden kann, ohne dass eine Veränderung der Umstände im Sinne von § 927 DZPO eintritt. Selbst eine im Beschlussverfahren ohne mündliche Verhandlung ergangene Verfügung kann so in ihrer Wirkung einem ordentlichen Entscheid gleichgestellt werden, wenn der Antragsgegner noch zusätzlich auf sein Widerspruchsrecht verzichtet¹⁹. Dieses Vorgehen hat sich in der deutschen Praxis fest eingebürgert; der Antragsteller fordert heute den unterlegenen Antragsgegner routinemässig in einem sog. Abschluss schreiben dazu auf, auf seine Rechte aus § 926 und evtl. § 925 DZPO zu verzichten, um so weitere Kosten zu vermeiden. In der Schweiz dagegen ist ein derartiges Vorgehen wegen der gemäss Art. 12 Abs. I UWG zwingenden Fristansetzung nicht möglich; ohne Einleitung des ordentlichen Verfahrens wirkt eine vorsorgliche Massnahme nie länger als 30 Tage.

16 Dass in Deutschland dieser Zusammenhang weniger eng ist, geht auch daraus hervor, dass das Hauptsachenurteil die vorsorgliche Massnahme nicht immer automatisch aufhebt, sondern einen veränderten Umstand im Sinne von § 927 DZPO darstellt, der zur Aufhebung berechtigt (F. Ostler, Wichtige Fragen, S. 714; Stein/Jonas/Grunsky, N. 6 zu § 927 DZPO; F. Baur, Studien, S. 93).

17 Vgl. Entscheid des BGH vom 27. November 1963 (BB 1964, S. 195).

18 W.F. Lindacher, Unterwerfungserklärung, S. 414; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 494.

19 W.F. Lindacher, Unterwerfungserklärung, S. 414; F. Traub, Eilverfahren und Verjährung, S. 187; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 493 f.

§ 2 Das Verhältnis zwischen vorsorglicher Massnahme und Hauptverfahren in der Praxis

I. In Deutschland

In Deutschland wird in Wettbewerbssachen nach der einstweiligen Verfügung nur selten ein ordentliches Verfahren angestrengt. Statistische Erhebungen haben gezeigt, dass bei 80–90% der Beschlussverfügungen nicht einmal ein Widerspruch im Sinne von § 925 DZPO erfolgt und dass in den Fällen, in denen eine mündliche Verhandlung stattfindet, nach dem Entscheid der zweiten Instanz nur in wenigen Fällen (ca. 10%) ein ordentliches Verfahren eingeleitet wird¹. In den Fällen, bei denen es nicht zu einem ordentlichen Verfahren kommt, wird die einstweilige Verfügung entweder durch den vorne beschriebenen Verzicht des Antragsgegners auf seine Rechte aus § 925 und § 926 DZPO zum definitiven Titel gemacht oder aber durch einen Vergleich, meist eine Unterwerfungserklärung², ersetzt. Das ordentliche Verfahren wird nur noch dann eingeleitet, wenn es um grundsätzliche wettbewerbsrechtliche Fragen geht, zu denen noch keine Präjudizien vorhanden sind, und zumindest eine Partei über genügend finanzielle Mittel verfügt, um sich ein derartiges Verfahren leisten zu können³. Dabei wird im ordentlichen Verfahren aber meist materiell gleich entschieden wie im Massnahmeverfahren⁴.

In Deutschland ist das Verfügungsverfahren im Bereich des Wettbewerbsrechts somit zum normalen Weg der Rechtsverfolgung geworden und hat dabei über weite Strecken die Funktion des ordentlichen Verfahrens, den Rechtsstreit endgültig beizulegen, übernommen⁵.

II. In der Schweiz

Leider sind in der Schweiz keine statistischen Erhebungen über die vorsorglichen Massnahmen im Bereiche des UWG vorhanden, und im Gegensatz zu Deutschland

1 Vgl. H.-G. Borck, Befriedigungsverbot, S. 243; Eingabe der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht betreffs Stellungnahme zum Entwurf eines zweiten Änderungsgesetzes zur ZPO, S. 354; M. Engelschall, Änderung, S. 104; vgl. H.-G. Borck, Tätertypen, S. 253 f.; ähnliche Erfahrungen ergeben sich auch in der englischen Praxis; nach P. Arens, Verfügungsanspruch, S. 81 f., der sich auf Äusserungen von Lord Derring stützt, wird bei 99 von 100 vorsorglichen Massnahmen kein ordentliches Verfahren eingeleitet.

2 Dazu S. 181 ff.

3 H.-G. Borck, Tätertypen, S. 253; U. Fritze, Bemerkungen zur einstweiligen Verfügung, S. 291.

4 U. Fritze, Bemerkungen zur einstweiligen Verfügung, S. 291.

5 F. Baur, Arrest, S. 607; ders., Studien, S. 3; D. Leipold, Grundlagen, S. 130; U. Fritze, Bemerkungen zur einstweiligen Verfügung, S. 291; K. Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 32 f.

kann auch aus der Erhebung bei einzelnen Gerichten kein statistisch signifikantes Resultat gewonnen werden, weil der Anfall an Massnahmebegehren dafür zu gering ist. Immerhin kann aber aus den Auskünften von Praktikern und anhand der publizierten Massnahmeentscheide darauf geschlossen werden, dass auf viele Massnahmen kein ordentliches Verfahren, sondern ein Vergleich folgt und dass bei den meisten ordentlichen Urteilen der ursprüngliche Massnahmeentscheid nicht verändert wird. Dabei wird allerdings immer noch deutlich häufiger ein ordentliches Verfahren eingeleitet als in der deutschen Praxis. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass in Deutschland wegen des beträchtlich grösseren Entscheidungsvolumens mehr Präjudizien zum UWG vorhanden sind als in der Schweiz. Den Parteien ist es deshalb in Deutschland möglich, ihre Prozesschancen ziemlich exakt abzuschätzen, während diese in der Schweiz wegen der geringeren Zahl der Präjudizien weniger genau eingeschätzt werden können und daher eher ein Prozess riskiert wird.

Im Bereiche des Kartellrechts sind aufgrund der fast lückenlosen Publikation durch die Kartellkommission⁶, die sich sowohl auf Massnahme- wie auch auf ordentliche Entscheide erstreckt, genauere Angaben über das Verhältnis zwischen Massnahmeverfahren und ordentlichem Prozess möglich. Bei insgesamt fünfzehn vorsorglichen Massnahmen wurde nur bei fünf ein ordentliches Verfahren angestrengt, wobei es aber nur in einem Fall zu einem radikal anderen Ergebnis als im Massnahmeverfahren kam. Dabei ist noch zu erwähnen, dass das ordentliche Verfahren regelmässig dann angestrengt wurde, wenn im Massnahmeverfahren eine Verfügung gegen ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation erging, während Aussenseiter, die im Massnahmeverfahren unterlagen, eher dazu tendierten, auf ein ordentliches Verfahren zu verzichten.

III. Analyse der Praxis

A. Die Übereinstimmung von Massnahmeentscheid und ordentlichem Urteil

Sowohl in Deutschland wie auch in der Schweiz ist festzustellen, dass das Urteil im ordentlichen Verfahren sehr häufig mit dem Massnahmeentscheid übereinstimmt⁷. Nach der Ansicht von D. Leipold ist dies darauf zurückzuführen, dass der Massnahmeentscheid faktisch präjudizierend auf das ordentliche Verfahren wirkt; der für das ordentliche Verfahren zuständige Richter, der in Deutschland wie auch in der Schweiz meist schon den Massnahmeentscheid fällt, setze im ordentlichen Verfahren alles daran, diesen aufrechtzuerhalten, um sich nicht zu desavouieren⁸. Diese Begründung für die Übereinstimmung ist m.E. aber in den meisten Fällen

6 M.E. wurde nur der Entscheid des Appellationsgerichtspräsidenten BS vom 10. April 1974 (BJM 1975, S. 197 ff.) nicht publiziert.

7 U. Fritze, Bemerkungen zur einstweiligen Verfügung, S. 291.

8 D. Leipold, Grundlagen, S. 20 ff., 89 f.; kritisch zu dieser These: W. Grunsky, Grundlagen, S. 281; vgl. F. Baur, Studien, S. 100.

nicht zutreffend. Der Hauptentscheid stimmt oft deshalb mit dem Massnahmeentscheid überein, weil dieser materiell richtig war⁹. Die in Wettbewerbssachen ergangenen Massnahmeentscheide weisen nämlich meist eine hohe Qualität auf: Einerseits wird die Rechtsfrage in der Praxis fast ebenso genau wie im ordentlichen Verfahren geprüft¹⁰, andererseits kann aber auch die Sachlage oft schon im Massnahmeverfahren ziemlich genau abgeklärt werden, so dass auch eine Änderung der entscheidungsrelevanten Tatsachenlage aufgrund des ordentlichen Beweisverfahrens eher selten ist¹¹.

B. Der Verzicht auf das ordentliche Verfahren

Wie vorne dargestellt, wird im lauterkeitsrechtlichen Bereich nach dem Massnahmeentscheid häufig auf das ordentliche Verfahren verzichtet. Dieser Verzicht kann auf verschiedene Ursachen zurückgeführt werden. In vielen Fällen wird von einem ordentlichen Verfahren abgesehen, weil die inkriminierte Wettbewerbshandlung in dem Sinne zeitgebunden war, dass sie nicht mehr wiederholt werden kann, und somit ein Entscheid im ordentlichen Verfahren weder für den Antragsteller noch für den Antragsgegner von praktischem Nutzen ist¹². Wie *F. Baur* sich treffend ausdrückte, stellt das ordentliche Urteil in derartigen Fällen nur noch einen "Schuss übers Grab" dar¹³. Wird beispielsweise der Vertrieb eines Modeartikels wegen Verwechslungsgefahr durch eine vorsorgliche Massnahme vorläufig verboten, so kann der Verkauf wegen der Änderung der Mode normalerweise später nicht mehr wieder aufgenommen werden, auch wenn sich der Antragsteller im ordentlichen Verfahren durchsetzt. In anderen Fällen verzichtet die unterlegene Partei dagegen auf das ordentliche Verfahren, weil sie nicht damit rechnen kann, dass der Entscheid eine wesentliche Änderung gegenüber dem Massnahmeentscheid bringt, und deshalb die Kosten des ordentlichen Verfahrens im Verhältnis zur geringen Erfolgchance viel zu hoch sind. Diese Überlegungen werden natürlich durch die Gerichtspraxis noch gefördert, da es die ausführlichen Rechtserörterungen den Parteien ermöglichen, ihre Erfolgsaussichten für das ordentliche Verfahren recht genau abzuschätzen¹⁴.

Wie vorne festgestellt, folgt auf rund zwei Drittel aller kartellrechtlichen vorsorglichen Massnahmen kein ordentliches Verfahren. Dabei ist aber zu differenzieren:

9 Vgl. *F. Baur*, Arrest, S. 607; *H.-G. Borck*, Glaubhaftmachung, S. 777 f.; *E. Schilken*, Befriedigungsverfügung, S. 121.

10 S. 51.

11 Vgl. dazu *F. Baur*, Arrest, S. 607; vgl. *H.-G. Borck*, Glaubhaftmachung, S. 777.

12 *P. Arens*, Verfügungsanspruch, S. 84; vgl. den Entscheid des ER am BezG Zürich vom 17. Juni 1959 (erwähnt in: ZR 60 [1961] Nr. 67): Verbot, einen Apparat an einer Messe auszustellen; Entscheid des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 26. Januar 1977 (VKK 1977, S. 242 ff.): Zulassung zu einer Messe.

13 *F. Baur*, Arrest, S. 607.

14 *P. Arens*, Verfügungsanspruch, S. 76 und 84; *A. Wilson*, Interlocutory Injunction, S. 303; kritisch dazu: *D. Leopold*, Grundlagen, S. 12 f.

Unterliegt ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation, so wird das ordentliche Verfahren meist durchgeführt¹⁵, während Aussenseiter, die mit ihrem Antrag nicht durchdringen, normalerweise auf dieses verzichten.

Dies lässt sich damit erklären, dass ein kartellrechtlicher Entscheid, der die Vorgehensweise eines Kartells oder einer kartellähnlichen Organisation als widerrechtlich qualifiziert, regelmässig die gesamte, von der betreffenden Organisation aufrechterhaltene Marktordnung zerstört und diese deshalb alles daransetzt, einen solchen Entscheid zu verhindern oder zu beseitigen. Ausserdem ist in derart prinzipiellen Fragen für ein Kartell auch kaum ein Vergleich möglich. Dass der Aussenseiter, der gegen ein Kartell oder eine kartellähnliche Organisation im Massnahmeverfahren unterliegt, dagegen meist kein ordentliches Verfahren einleitet, ist einerseits auf das grosse Kostenrisiko bei einem ordentlichen Prozess zurückzuführen und andererseits auch darauf, dass es ihm der normalerweise sehr eingehend begründete Massnahmeentscheid ermöglicht, sich ein genaues Bild von seinen Erfolgchancen zu machen¹⁶.

IV. Der aussergerichtliche Vergleich als Mittel zur Vermeidung des ordentlichen Verfahrens

Wie vorne dargestellt, kann in der Schweiz ein Massnahmeentscheid nicht wie in Deutschland durch Verzichtserklärungen des Antragsgegners mit definitiver Wirkung ausgestattet werden; ohne Einleitung eines ordentlichen Verfahrens fällt die angeordnete Massnahme nach höchstens 30 Tagen dahin. Deshalb muss der obsiegende Antragsteller einen Vergleich anstreben, wenn er das ordentliche Verfahren vermeiden will, aber dennoch das ersatzlose Dahinfallen der Verfügung wegen Fristablaufs verhindern möchte. Ein derartiges Interesse an der Vermeidung des ordentlichen Verfahrens rührt oft daher, dass der obsiegende Antragsteller wegen der befriedigenden Wirkung der vorsorglichen Massnahme im ordentlichen Verfahren nichts mehr zu gewinnen, aber alles zu verlieren hat¹⁷. Selbst wenn er aber materiell an einer weiteren Aufrechterhaltung der in der betreffenden Massnahme verfügten Anordnungen nicht mehr interessiert ist, weil sie nur zur Bekämpfung einer rein zeitgebundenen Wettbewerbshandlung diene, sollte er einen Vergleich anstreben, da er sonst gemäss Art. 12 Abs. II UWG ohne Einleitung eines ordentlichen Verfahrens für einen evtl. entstandenen Schaden haftet, auch wenn die Massnahme zu Recht verfügt wurde¹⁸. Oft hat aber auch der unterlegene

15 Nur zwei Ausnahmen, wobei die eine (Messeausschluss) sich auf eine zeitgebundene Wettbewerbshandlung bezog und die andere (Parfume) von der Realität (Parallelimporte) überholt wurde.

16 P. Arens, Verfügungsanspruch, S. 76.

17 Vgl. W.F. Lindacher, Unterwerfungserklärung, S. 414; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 134.

18 Vgl. S. 154.

Antragsgegner ein Interesse daran, den Rechtsstreit mit einem Vergleich zu beenden und das ordentliche Verfahren zu vermeiden. Aufgrund des meist eingehend begründeten Massnahmeentscheids kann er seine Prozesschancen abschätzen und muss dann oft feststellen, dass es in Anbetracht des grossen Kostenrisikos kaufmännisch sinnvoller ist, sein Verhalten zu ändern, als auf der Durchführung des ordentlichen Verfahrens zu beharren¹⁹. Daher wird der Antragsgegner um so eher dazu bereit sein, einen Vergleich abzuschliessen, je genauer der Massnahmeentscheid begründet ist und je sicherer die tatsächlichen Grundlagen waren, auf die sich der Richter dabei stützte. Um die Vergleichsbereitschaft des Antragsgegners zu erhöhen, sollte sich der Antragsteller deshalb im Massnahmeverfahren immer möglichst umfassend zur rechtlichen Seite des Falles äussern und überdies versuchen, sich nicht einfach auf das Glaubhaftmachen zu beschränken, sondern, wenn immer möglich, schon in diesem Verfahren Beweis zu führen.

Normalerweise besteht ein Vergleich darin, dass ein Rechtsstreit durch einen vertraglichen Kompromiss beendet wird, bei dem die Parteien gegenseitig materielle Konzessionen machen²⁰. Da bei einem Vergleich nach dem Massnahmeverfahren bereits ein gerichtlicher Entscheid vorliegt, der sich meist recht ausführlich zu den Ansprüchen der Beteiligten äussert, ist der Ausgangspunkt für einen derartigen Vergleich jedoch nicht der gleiche wie bei einem gewöhnlichen aussergerichtlichen Vergleich, der vor einer richterlichen Beurteilung abgeschlossen wird²¹. Deshalb besteht der Vergleich nach dem Massnahmeentscheid typischerweise zur Hauptsache in einer Anerkennung der Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche des Antragstellers durch den Antragsgegner, wobei der Antragsteller neben dem Verzicht auf den ohnehin nur schwer durchsetzbaren²² Schadenersatzanspruch meist keine materiellen Konzessionen macht und sich seine Gegenleistung daher im wesentlichen darauf beschränkt, das ordentliche Verfahren nicht anzustrengen. Dies ist aber eine echte Gegenleistung, denn der Verzicht auf die Klage erspart dem Antragsteller hohe Kosten²³, wodurch trotz des fehlenden materiellen Zugeständnisses der synallagmatische Charakter²⁴ des Vergleichs aufrechterhalten wird. Dieser einseitige Inhalt hat dazu geführt, dass diese Art von Vergleich in der deutschen Lehre und Rechtsprechung "Unterwerfungserklärung" genannt wird²⁵.

19 A. Gloor, Vorsorgliche Massnahmen, S. 161; P. Arens, Verfügungsanspruch, S. 76; W.F. Lindacher, Unterwerfungserklärung, S. 414; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 134 f.

20 Vgl. dazu M. Guldener, Zivilprozessrecht, S. 393 (allerdings zum gerichtlichen Vergleich); Meier-Hayoz, Vergleich, S. 117; F. Seethaler, Vergleich, S. 1 ff., vor allem 27.

21 Zur Ausgangslage: F. Seethaler, Vergleich, S. 25.

22 S. 10 f.

23 Soergel/Moormann, 11. Aufl., N. 11 zu § 779 BGB.

24 Der Vergleich ist nach herrschender Lehre ein synallagmatischer Vertrag: F. Seethaler, Vergleich, S. 27; a.M. Urteil des KG SG 1942, SJZ 40 (1944), S. 26; F. Ebel, Berichtigung, S. 146 ff.

25 H.-G. Borck, Unterwerfungserklärung, S. 372; W.F. Lindacher, Unterwerfungserklärung, S. 413; W.L. Pastor, Rechtsschutzbedürfnis, S. 429; ders., Wettbewerbsrecht, S. 132 f.; ein Beispiel einer Unterwerfungserklärung in der Schweiz wird in der Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 18. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 174) erwähnt.

Die Anerkennung der Unterlassungsansprüche²⁶ wird dabei in der deutschen Praxis normalerweise mit einem Konventionalstrafeversprechen²⁷ gesichert, was bei weniger vertrauenswürdigen Antragsgegnern auch in der Schweiz zu empfehlen ist. Diese Konventionalstrafe hat zwei Funktionen: Einerseits soll sie die Beachtung der Unterlassungspflicht sichern, andererseits soll sie aber auch den Antragsteller von der Problematik der Schadenersatzklage und dabei insbesondere auch von der des Schadensnachweises²⁸ befreien²⁹. Der Antragsteller sollte bei Vergleichsverhandlungen aber trotz dieser zweiten Funktion nicht einfach von der Höhe eines evtl. zu befürchtenden Schadens ausgehen, sondern die Höhe der Konventionalstrafe wenn möglich nach der ersten Funktion ausrichten; damit sie den Antragsgegner wirklich von weiteren Verletzungshandlungen abhält, muss sie bei einem rational handelnden Antragsgegner mindestens so hoch sein wie der Vorteil, der die betreffende Handlung diesem einbringt³⁰. Zur Abschätzung dieses Vorteils kann sich der Antragsteller auf die Angaben des Antragsgegners im Massnahmeverfahren stützen; im Rahmen der Interessenabwägung zur Abklärung der Dringlichkeit gibt der Antragsgegner ja den Schaden, den er durch die Verfügung der Massnahme erleidet, an. Da dieser Nachteil nun nichts anderes ist als der Vorteil, den der Antragsgegner bei weiteren Verletzungshandlungen erzielen könnte, ist es zweckmässig, wenn sich der Antragsteller bei den Verhandlungen über die Vertragsstrafe an diesen Angaben des Antragsgegners orientiert.

Gemäss Art. 160 Abs. I OR wird vermutet, dass die Konventionalstrafe nur alternativ geschuldet ist und somit der durch sie gesicherte Anspruch erlischt, wenn sie bezahlt wird. Daher sollte in der Unterwerfungserklärung immer festgehalten werden, dass die Zahlung der Konventionalstrafe den Antragsgegner nicht von seiner Unterlassungspflicht befreit³¹.

Neben der Unterlassungsverpflichtung und der Konventionalstrafe sollte der Antragsteller noch darauf dringen, dass der Antragsgegner auf Schadenersatz nach Art. 12 Abs. II UWG verzichtet; ohne eine derartige Klausel ist er sonst grundsätzlich einer diesbezüglichen Schadenersatzklage ausgesetzt, weil er nach Abschluss einer Unterwerfungserklärung das ordentliche Verfahren nicht einleiten wird und deshalb die Frist von Art. 12 Abs. I UWG ungenützt verstreicht³².

In der deutschen Praxis wird dem Antragsgegner im Sinne einer Gegenleistung neben dem Verzicht auf Schadenersatz oft eine sog. Aufbrauchsfrist gewährt³³;

26 Zur Formulierung: W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 135 f.

27 U. Külper, Probleme der Unterwerfungserklärung, S. 131; F.W. Lindacher, Unterwerfungserklärung, S. 413; zur Formulierung: T. Brandt, Verzicht, S. 5; W.L. Pastor, Rechtsschutzbedürfnis, S. 429.

28 Vgl. S. 10 f.

29 N. Schoch, Konventionalstrafe, S. 29 ff.; von Tuhr/Sieggart/Escher, S. 277; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 138 f.

30 H.-G. Borck, Unterwerfungserklärung, S. 375 f.

31 Vgl. H. Oser, Zürcher Kommentar, N. 6 zu Art. 160 OR; F. Seethaler, Vergleich, S. 53.

32 Vgl. aber immerhin S. 156.

33 Ein Beispiel aus der Schweiz wird in der Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 18. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 174) erwähnt.

er kann danach bereits vorbereitete Wettbewerbshandlungen trotz ihres widerrechtlichen Charakters noch während einer bestimmten Zeit vornehmen³⁴, ohne dass die Konventionalstrafe verfällt oder der Antragsteller Klage einreicht. So wird dem Antragsgegner beispielsweise erlaubt, gewisse verwechselbare Produkte noch zu vertreiben, sofern sie vor dem Massnahmeerlass bereits hergestellt worden sind. Aber selbst wenn eine Aufbrauchsfrist vereinbart wird, ist der Antragsgegner vor gerichtlicher Verfolgung nicht völlig sicher, da die betreffende Handlung trotz der Aufbrauchsfrist gegenüber Dritten prinzipiell widerrechtlich bleibt. Daher kann also jede andere nach Art. 2 UWG zur Klage legitimierte Person unbeschadet der Aufbrauchsfrist ihren Unterlassungsanspruch geltend machen und die betreffenden Handlungen mit einer neuen vorsorglichen Massnahme verbieten^{35, 36}.

Nun ist aber abzuklären, was ein Antragsgegner, der eine Unterwerfungserklärung unterzeichnet hat, tun kann, wenn sich die Verhältnisse derart ändern, dass die Handlung, zu deren Unterlassung er sich verpflichtet hat, nicht mehr widerrechtlich ist³⁷. Ein Unternehmen beispielsweise, das sich rühmte, das älteste noch bestehende Geschäft seiner Art in einer bestimmten Stadt zu sein, obwohl es nur das zweitälteste war, kann durch den Konkurs des älteren Geschäfts wirklich zum ältesten werden, womit seine Behauptung nicht mehr widerrechtlich ist. Hätte dieses Unternehmen keine Unterwerfungserklärung abgegeben und wäre entweder noch durch die vorsorgliche Massnahme oder durch ein Unterlassungsurteil gebunden, so könnte es in einer derartigen Situation die Änderung der Massnahme wegen veränderter Umstände oder aber die Revision des Urteils verlangen. Hat es aber eine Unterwerfungserklärung abgegeben, so sind grundsätzlich verschiedene Alternativen denkbar: Neben dem Ausschluss einer Auflösung oder Abänderung des Vertrages muss auch die Auflösung aus wichtigem Grund oder nur unter der Voraussetzung der *clausula rebus sic stantibus* in Betracht gezogen werden³⁸. Gegen den Ausschluss einer Auflösung oder Abänderung spricht der Zweck des Vertrages: Wie vorne gezeigt, besteht der Zweck der gesicherten Unterwerfungserklärung einerseits in der Sicherung der Unterlassungsansprüche und andererseits in der Lösung der Schadenersatzproblematik. Beides wird durch eine Veränderung der Verhältnisse, wie sie oben beschrieben wurde, in Frage gestellt: Der zu sichernde Unterlassungsanspruch besteht nicht mehr, und ein Schadenersatz ist ebenfalls mangels Wider-

34 W.L. Pastor, Rechtsschutzbedürfnis, S. 429, mit Beispielen; zum Begriff: ders., Wettbewerbsprozess, S. 878 ff.

35 W.L. Pastor, Rechtsschutzbedürfnis, S. 429.

36 Wegen dieser eingeschränkten Wirkung ist es besonders bedenklich, dass in Deutschland für die Gewährung einer Aufbrauchsfrist zum Teil hohe Geldforderungen erhoben werden (dazu U. Loewenstein, Probleme der vorprozessualen Abmahnung, S. 840).

37 Zur Möglichkeit, eine in diesem Sinne bedingte Unterwerfungserklärung abzuschliessen: U. Külper, Probleme der Unterwerfungserklärung, S. 131 ff.; R. Pietzcker, Unterlassungsverpflichtung, S. 257.

38 Dies bezieht sich nur auf eine Veränderung nach Abschluss; bestand die Widerrechtlichkeit schon bei Abschluss der Unterwerfungserklärung nicht, so kann sich der Verpflichtete auf Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. I Ziff. 4 OR berufen, da die Widerrechtlichkeit der Handlung nach Treu und Glauben Geschäftsgrundlage der Unterwerfungserklärung ist.

rechtlichkeit nicht mehr geschuldet. Da der Grund für das Eingehen einer solchen Verpflichtung überdies einzig in der Widerrechtlichkeit der betreffenden Handlung liegt und diese daher als Geschäftsgrundlage der Unterwerfungserklärung betrachtet werden muss, erscheint es als unzumutbar und interessenwidrig, die Aufhebung nicht zuzulassen. Eine Auflösung allein unter der Voraussetzung der *clausula rebus sic stantibus* muss ebenfalls abgelehnt werden³⁹, da die Anwendung der *clausula* voraussetzt, dass die Veränderung der Umstände unvorhersehbar war⁴⁰. Dies trifft bei dieser Art von Veränderungen normalerweise aber gerade nicht zu; der unterlegene Antragsgegner sieht die betreffende Veränderung entweder voraus oder hofft zumindest auf sie, womit sie also auf jeden Fall im Bereich des Möglichen liegt⁴¹. Da die Unterwerfungserklärung aufgrund der Natur des darin gesicherten Unterlassungsanspruches ein Dauerschuldverhältnis ist⁴², drängt sich die Zulassung der Kündigung aus wichtigem Grund auf⁴³, da nach der richtigen Ansicht von *P. Gauch* alle Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund aufgelöst werden können⁴⁴, sofern sich das Gesetz nicht eindeutig dagegen ausspricht. Dabei ergibt sich der Massstab für die Beurteilung einer Tatsache als wichtiger Grund aus dem Zweck und der typischen Geschäftsgrundlage des betreffenden Vertrages⁴⁵. Aus den oben gemachten Überlegungen zu Zweck und Geschäftsgrundlagen der Unterwerfungserklärung muss deshalb gefolgert werden, dass als wichtiger Grund im oben erwähnten Sinne nur Umstände in Frage kommen, die an der erstmals bestehenden Widerrechtlichkeit der betreffenden Handlung etwas ändern⁴⁶.

Unterwerfungserklärungen werden natürlich nicht nur nach dem Erlass der vorsorglichen Massnahme zur Vermeidung des ordentlichen Verfahrens abgeschlossen; ein derartiger Vergleich ist an sich auch schon vorher möglich und wird vielfach vom Antragsteller auch schon vor dem Begehren um vorsorgliche Massnahme angestrebt. In diesem Zeitpunkt ist es allerdings naturgemäss wesentlich schwieriger, den Antragsgegner von der Notwendigkeit eines derartigen Vergleichs zu überzeugen, da er dazu ja von der Widerrechtlichkeit seines eigenen Verhaltens überzeugt werden muss. Dennoch ist es vor allem in der deutschen Praxis und, wie Beispiele zeigen, auch in unserem Land⁴⁷ durchaus üblich, mit der ersten Mahnung, in der der Antragsgegner auf die Rechtswidrigkeit seiner Handlung aufmerksam gemacht

39 U. Külper, Probleme der Unterwerfungserklärung, S. 133.

40 Von Tuhr/Sieewart/Escher, S. 170.

41 U. Külper, Probleme der Unterwerfungserklärung, S. 133.

42 Zum Begriff des Dauervertrages: P. Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 4 ff.

43 U. Külper, Probleme der Unterwerfungserklärung, S. 134.

44 P. Gauch, System der Beendigung von Dauerverträgen, S. 190 ff., vor allem 194 f.; vgl. Soergel/Kopp, N. 399 zu § 242 BGB (10. Aufl.).

45 Vgl. H. Roggwiller, Der "wichtige Grund", S. 36 ff.; Soergel/Kopp, N. 399 zu § 242 BGB.

46 U. Külper, Probleme der Unterwerfungserklärung, S. 134.

47 Vgl. das Beispiel in der Verfügung des Präsidenten des HG SG vom 18. Mai 1977 (Mitteilungen 1977, S. 174).

wird, das Angebot einer Unterwerfungserklärung zu verbinden⁴⁸. Der Abschluss eines derartigen Vergleichs ist natürlich auch während des Massnahmeverfahrens möglich; in diesem Zeitpunkt geht die Initiative sogar oft vom Antragsgegner aus, weil er durch den Abschluss einer Unterwerfungserklärung die Wiederholungsgefahr aufheben und so eine drohende Verurteilung vermeiden kann⁴⁹.

48 In Deutschland erledigen sich 80% aller Lauterkeitsfälle durch den Abschluss derartiger Unterwerfungserklärungen aussergerichtlich: U. Külper, Probleme der Unterwerfungserklärung, S. 131; W.L. Pastor, Wettbewerbsprozess, S. 132.

49 S. 39 f.

§ 3 Die Verlagerung des Rechtsschutzes in das summarische Verfahren

Wegen ihrer notgedrungenen befriedigenden Wirkung¹ nehmen die vorsorglichen Massnahmen im Bereiche des Wettbewerbsrechts zwangsläufig ein mögliches ordentliches Urteil inhaltlich voraus und gewähren dem erfolgreichen Antragsteller bereits vor dem ordentlichen Verfahren vollen Rechtsschutz. Deshalb wird im Wettbewerbsrecht sowohl in Deutschland wie auch in der Schweiz der Rechtsschutz primär im Massnahmeverfahren gesucht. Aus den veröffentlichten kartellrechtlichen Entscheidungen geht hervor, dass in der Mehrzahl aller Fälle zunächst eine vorsorgliche Massnahme beantragt wurde. Im Bereich des UWG lassen sich zwar wegen der unvollständigen Publikation keine genauen Angaben machen; aus den publizierten Entscheiden und aus Auskünften von Praktikern lässt sich jedoch der Schluss ziehen, dass in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle ebenfalls zunächst eine vorsorgliche Massnahme begehrt wird².

Damit ist also festzuhalten, dass im Wettbewerbsrecht das Massnahmeverfahren das typische Verfahren zur Rechtsverfolgung ist und sich so die primäre Rechtsschutzfunktion vom ordentlichen Verfahren ins Massnahmeverfahren verlagert hat³. Diese Feststellung ist auch deshalb berechtigt, weil die Praxis zeigt, dass das Massnahmeverfahren zu Entscheiden führt, die normalerweise im später evtl. nachfolgenden ordentlichen Verfahren nicht mehr verändert werden, und dass viele Antragsgegner auch gar kein ordentliches Verfahren mehr wünschen⁴. Dem ordentlichen Verfahren, das auf diese Weise seine Funktion der Gewährung des primären Rechtsschutzes verloren hat, kommt dabei nur noch eine bestätigende und zum Teil berichtigende Wirkung zu, womit es die Funktion eines Rechtsmittelverfahrens übernommen hat, während das Massnahmeverfahren zu einem raschen Wirtschaftsprozess geworden ist. Diese Verschiebung in der Funktion von Massnahme- und ordentlichem Verfahren wird in der Literatur oft als "Problematik" des einstweiligen Rechtsschutzes beschrieben⁵, wobei von verschiedenen Autoren, darunter vor allem von *D. Leipold*, Verfahrensänderungen vorgeschlagen werden, um diese zu beseitigen.

Nun stellt sich natürlich die Frage, inwieweit eine negative Wertung der oben beschriebenen Verlagerung überhaupt richtig ist. Kriterium der Wertung soll dabei nicht die zivilprozessuale Dogmatik, sondern die Befriedigung der Verkehrsbedürfnisse sein, denn letztlich muss sich das Verfahren ja als "service social" bewähren, d.h. es muss dazu dienen, die vom materiellen Recht gegebenen Ansprüche der

1 Dazu S. 104 f.

2 Vgl. I. Meier, Grundlagen, S. 53.

3 P. Arens, Verfügungsanspruch, S. 84; F. Baur, Arrest, S. 607; ders., Studien, S. 291; K. Piehler, Einstweiliger Rechtsschutz, S. 32 f.; D. Leipold, Grundlagen, S. 13.

Nach den Angaben von C.H. Peterson, Observations on provisional relief, S. 267, ist es in den USA nicht zu einer derartigen Verschiebung gekommen.

4 Dazu S. 179 f.

5 D. Leipold, Grundlagen, S. 13, 83 ff.; K. Uebe, Vorwegnahme der Entscheidung, S. 20 ff.

Rechtssubjekte zu vernünftigen Kosten und innert nützlicher Frist durchzusetzen. Für das in Wettbewerbssachen anwendbare Verfahren bedeutet dies also, dass es den Bedürfnissen der Wirtschaft, deren Verhalten ja durch das Wettbewerbsrecht normiert wird, gerecht werden muss. Unter diesem Kriterium rechtfertigt sich nun eine negative Wertung der vorne skizzierten Verlagerung nicht; der schnelle Massnahmeentscheid, der trotz der zum Teil ungenauen Tatsachenprüfung rechtlich und tatsächlich so gut fundiert ist, dass Chancen und Risiken eines weiteren Vorgehens ziemlich genau abgeschätzt werden können, erfüllt in geradezu idealer Weise die Bedürfnisse der Wirtschaft, die auf einen möglichst schnellen⁶, aber dennoch auch möglichst tragfähigen Entscheid über das richtige Verhalten in der schnelllebigen Wettbewerbswirtschaft angewiesen ist⁷. Die mangelnden Richtigkeitsgarantien des summarischen Verfahrens, die den Preis für dessen Geschwindigkeit darstellen⁸, können dabei durch das nachfolgende ordentliche Verfahren wenigstens zum Teil korrigiert werden, sofern die unterliegende Partei dies für nötig erachtet. In diesem Sinne können die Ausgestaltung der vorsorglichen Massnahme und ihr Verhältnis zum ordentlichen Verfahren als gute Lösung des Optimierungsproblems bezeichnet werden, das sich aus den beiden zum Teil gegenläufigen Forderungen des Verkehrs nach Geschwindigkeit des Verfahrens und Richtigkeit des Ergebnisses ergibt. Deshalb kann rein aus dem Blickwinkel der Bedürfnisse der Rechtssubjekte im Bereiche des Wettbewerbsrechts nicht von einer eigentlichen Problematik des einstweiligen Rechtsschutzes gesprochen werden. Aus dieser Sicht scheint denn auch der Vorschlag von *D. Leipold*, im Massnahmeverfahren nicht mehr Ansprüche zu prüfen, sondern nur noch aufgrund einer Interessenabwägung zu entscheiden⁹, ungünstig zu sein. Die von ihm mit dieser Veränderung erhoffte Aufwertung des ordentlichen Verfahrens wird um den Preis eines qualitativ merklich verschlechterten Massnahmeverfahrens erkaufte, denn der Verzicht auf eine Anspruchsbeurteilung bewirkt, dass der Massnahmeentscheid wesentlich schlechter fundiert ist, als wenn eine Anspruchsprüfung vorgenommen wird¹⁰. Wie *A. Wilson* darlegt, führt diese Methode dazu, dass jeder zweite Massnahmeentscheid materiell falsch ist¹¹. Dies ist besonders bei den zeitgebundenen Verstössen ungünstig, weil dort die vorsorgliche Massnahme naturgemäss zum faktisch definitiven Rechtsschutz führt¹². Damit wird das oben aufgezeigte Optimierungsproblem aber wesentlich weniger gut gelöst als mit der in dieser Arbeit vertretenen und von *I. Meier* und

6 P. Arens, Verfügungsanspruch, S. 76, sieht in dem Geschwindigkeitsbedürfnis der Wirtschaft den Hauptgrund der Verlagerung; vgl. auch F. Baur, Arrest, S. 615; ders., German, S. 265; ders., Studien, S. 6 f.; D. Leipold, Grundlagen, S. 11 f.

7 P. Arens, Verfügungsanspruch, S. 76.

8 Kritisch dazu: F. Baur, Arrest, S. 615.

9 D. Leipold, Grundlagen, S. 53 f. Durch den Verzicht auf die rechtliche Würdigung will er die von ihm festgestellte, faktisch präjudizielle Wirkung des Massnahmeentscheides bekämpfen (dazu vorne, S. 50).

10 Vgl. W. Grunsky, Grundlagen, S. 281; E. Schilken, Befriedigungsverfügung, S. 120; J. Leubsdorf, Standard, S. 547.

11 A. Wilson, Interlocutory Injunctions, S. 303.

12 P. Arens, Verfügungsanspruch, S. 76.

J. Leubsdorf entwickelten Methode oder auch als mit der heute in der Praxis angewandten, steht doch einem geringen Anstieg der Entscheidungsgeschwindigkeit ein totaler Verlust der Entscheidungssicherheit gegenüber¹³. Auch nach dem Kriterium des geringsten wahrscheinlichen Schadens ist die von *D. Leipold* vorgeschlagene Methode zur Optimierung ungeeignet¹⁴. *D. Leipold* geht ohne Anspruchsprüfung davon aus, dass das Obsiegen bzw. der Prozessverlust beider Parteien gleich wahrscheinlich ist und wiegt deshalb ihre Interessen ungewichtet gegeneinander ab, obwohl eine auch nur summarische Anspruchsprüfung zeigen würde, dass meist nicht von einer gleichen Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden kann¹⁵. Ausserdem führt der Verzicht auf die rechtlichen Erwägungen auch dazu, dass die Beteiligten im Massnahmeentscheid keine Basis mehr für einen Vergleich finden, weil er ihnen ja nicht hilft, ihre Prozesschancen abzuschätzen. Dies ist wirtschaftlich betrachtet ungünstig, da der Vergleichsabschluss auf sicherer Basis für alle Beteiligten und auch für den Staat, der den Gerichtsbetrieb finanziell trägt, ökonomischer ist als die Durchführung des ordentlichen Verfahrens¹⁶.

Wie diese Betrachtungen zeigen, wirkt sich also der Verzicht auf die Anspruchsprüfung nicht positiv auf die Interessen der direkt Beteiligten aus. Deshalb sind die Vorschläge *D. Leipolds* abzulehnen, auch wenn sie das Verhältnis von vorsorglicher Massnahme und ordentlichem Verfahren wieder näher an das ursprüngliche dogmatische Verständnis dieser Verfahren heranbringt¹⁷.

Um dem ordentlichen Verfahren die Funktion des primären Rechtsschutzes wieder zu geben, schlägt *F. Baur*¹⁸ vor, durch gesetzgeberische Massnahmen dieses so zu beschleunigen, dass die in ihm ergehenden Urteile nicht mehr durch den schnellen Ablauf des Wirtschaftsgeschehens überholt werden. Eine Beschleunigung des ordentlichen Verfahrens würde dazu führen, dass im vorne formulierten Optimierungsproblem¹⁹ zwischen Geschwindigkeit und Sicherheit das ordentliche Verfahren in vielen Fällen das Massnahmeverfahren als optimales Verfahren verdrängen könnte, da bei gesteigerter Geschwindigkeit eine gegenüber dem Massnahmeverfahren wesentlich höhere Sicherheit erreicht werden könnte. Daher stellt der Vorschlag von *F. Baur* einen konstruktiven Weg zur Verbesserung der Rechtspflege dar und ist grundsätzlich zu befürworten. In diesem Sinne stellt auch das in Art. 14 des Entwurfs zur Revision des UWG von 1983 vorgesehene schnelle und einfache Verfahren einen Fortschritt dar²⁰. Immerhin wirft dieses Postulat die Frage auf, ob sich eine Beschleunigung des Verfahrens wirklich realisieren lasse oder ob, wie in anderen Rechtsgebieten, nur eine geringe Beschleunigung eintrete.

13 A. Wilson, *Interlocutory Injunctions*, S. 303; E. Schilken, *Befriedigungsverfügung*, S. 120.

14 A. Wilson, *Interlocutory Injunctions*, S. 303, zeigt, dass bei dieser Methode die Hälfte aller Massnahmeentscheide falsch sein muss.

15 P. Arens, *Verfügungsanspruch*, S. 86.

16 A. Wilson, *Interlocutory Injunctions*, S. 303.

17 Vgl. J. Leubsdorf, *Standard*, S. 547; I. Meier, *Grundlagen*, S. 298.

18 F. Baur, *Arrest*, S. 615. D. Leipold, *Grundlagen*, S. 15, macht neben dem eben besprochenen auch diesen Vorschlag.

19 S. 187.

20 Vgl. *Botschaft UWG 1983*, S. 1081.

ANHANG

Vorschlag einer Neuformulierung der Bestimmungen über die vorsorgliche Massnahme im UWG (Art. 9–12 UWG)

Art. 9

Auf Antrage eines Klageberechtigten erlässt der Richter eine vorsorgliche Massnahme, wenn das Interesse des Klägers am Erlass einer vorsorglichen Massnahme gegenüber dem Interesse des Beklagten am Unterbleiben einer vorsorglichen Massnahme überwiegt. Bei dieser Interessenabwägung sind sowohl der nicht leicht zu ersetzende Schaden, den die Parteien im Falle eines gegen sie gerichteten Entscheides erleiden, wie auch die Wahrscheinlichkeit ihres Obsiegens zu berücksichtigen. Der Richter hat bei dieser Interessenabwägung auch andere private und öffentliche Interessen zu beachten, soweit diese von der geltend gemachten Rechtsvorschrift direkt geschützt werden.

Art. 10

Die Ausgestaltung der vorsorglichen Massnahme liegt im Ermessen des Richters, wobei dieser die Interessen beider Parteien gleichmässig berücksichtigt. Die vorläufige Vollstreckung ist nur bei Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen zulässig. Durch die vorläufige Vollstreckung eines Unterlassungsanspruches darf das Erscheinen eines periodischen Druckerzeugnisses nicht verhindert werden, wenn sich die vorsorgliche Massnahme gegen die Werbung Dritter richtet.

Bietet der Beklagte eine Sicherheit an, so kann der Richter von einer weitergehenden Massnahme absehen, sofern die Interessen des Klägers durch die Sicherheit in genügendem Mass geschützt werden können.

Art. 11

Der Beklagte ist vor dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme anzuhören. Von einer Anhörung kann nur abgesehen werden, wenn der Kläger seinen Anspruch überzeugend darlegt und ihm bis zum Zeitpunkt einer mündlichen Verhandlung ein nicht leicht zu ersetzender Nachteil droht, der grösser ist als der Schaden, den der Beklagte durch die sofortige Anordnung der Massnahme erleidet.

Art. 12

Dem Antragsteller ist zur Einleitung des ordentlichen Verfahrens eine Frist von höchstens 30 Tagen anzusetzen. Wird diese Frist nicht eingehalten, so fällt die vorsorgliche Massnahme dahin.

Art. 13

Der Kläger haftet für den Schaden, der durch die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme verursacht wird, wenn er im ordentlichen Verfahren unterliegt, die Klage zurückzieht oder nicht innert Frist Klage erhebt. Im Falle des Fristversäumnisses wird er von der Haftung befreit, wenn er nachweist, dass sein Anspruch zu Recht bestand.

Zur Sicherung dieses Schadenersatzanspruches kann der Richter den Kläger zu einer Sicherheitsleistung verpflichten, wenn dem Beklagten durch die Anordnung der vorsorglichen Massnahme ein Schaden entstehen kann und die Zahlung des Schadenersatzes ohne Sicherheit als gefährdet erscheint.

Leistet der Kläger eine Sicherheit, so setzt der Richter dem Beklagten eine Frist von höchstens 30 Tagen zur Klageeinleitung an. Der Fristenlauf beginnt mit dem Eintritt der haftungsbegründenden Tatsache.

LEBENS LAUF

Am 27. September 1957 wurde ich in Zürich geboren, wo ich die Primarschule und das Gymnasium besuchte. 1976 begann ich mit dem Rechtsstudium in Zürich, das ich am 15. Juli 1981 mit dem Lizentiat abschloss. Während dieser Zeit absolvierte ich den Militärdienst und war im Sommersemester 1977 Halbtagsassistent bei Prof. Weimar. Anschliessend war ich als Halbtagsassistent bei Prof. Keller tätig; ab 1. Mai 1983 arbeitete ich ganztags als Substitut in einem Zürcher Rechtsanwaltsbüro. Am 18. Juli 1984 wurde ich zum Dr. iur. promoviert.

